

**Universidad Autónoma de Nuevo León  
Facultad de Derecho y Criminología  
Maestría en Ciencias Penales**

**Tema: “La Problemática del Concurso de las Teorías Causal, Final y Funcional en el Sistema Penal de Nuevo León”**

**Asesor: Doctor Gonzalo Francisco Reyes Salas.**

**Alumno: Licenciado Julio César Balandrán Guajardo.**

**Matrícula: 598607.**

**San Nicolás de los Garza Nuevo León a 30 de junio de 2005.**

## Índice.

	Página.
Introducción	1
I. El sistema Penal	4
II. El causalismo, Neocausalismo y su Aplicación en Nuevo León	6
2.1 El sistema Causalista	6
2.1.1. Culpabilidad Dolosa y Culpabilidad Culposa	10
2.2. Críticas al sistema Causalista	11
2.2.1. Sobre la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones	11
2.2.2. No hay Causalidad en la Omisión(“De la nada, nada puede surgir”)	15
2.2.3. El Fracaso de la Tentativa en el Causalismo	16
2.2.4. Crítica al Concepto Psicológico en la Culpabilidad en el Causalismo	18
2.2.4.1 La Culpabilidad Culposa	18
2.2.4.2. Culpa Consciente o Culpa con Representación	19
2.2.4.3 Culpa inconsciente	20
2.2.4.4. Causas de Exculpación	21
2.3. El Neocausalismo	22
2.3.1. El Tipo Objetivo en el Sistema Neocausalista	25
2.3.1.1. Los Elementos Normativos	25

2.3.2. El Tipo Subjetivo	26
2.3.3. La culpabilidad en el Sistema Neocausalista(Culpabilidad Psicológica-Normativa)	28
2.4. Ubicación de algunos neocausalistas del dolo y la culpa en el tipo. “¿no todo aquel dogmático que analiza al dolo en el tipo es necesariamente finalista!”	32
2.5. Críticas al Sistema Neocausalista.	34
2.5.1. Críticas a la teoría de la Adecuación.	34
2.5.2. Críticas a la Tentativa en el Sistema Neocausalista.	35
2.5.3. Críticas a la omisión en el sistema neocausalista.	44
3. El finalismo.	44
3.1. La acción final.	44
3.2. Reubicación de Dolo y Culpa en el Finalismo.	50
3.3. La parte interna y externa de la acción final.	54
3.3.1. Tipo Objetivo.	57
3.3.2. Tipo Subjetivo.	58
3.3.2.1. El Dolo.	58
3.3.2.1.1. Clases de Dolo.	59
3.3.2.2. La Culpa.	62
3.3.2.2.1. Formas de Culpa.	64
3.3.2.3. Preterintencionalidad.	74
3.3.2.4. El Error.	76
3.3.2.5. Elementos Subjetivos del Tipo	

Distintos al Dolo y Culpa.	79
3.4. Críticas al Sistema Finalista de la Acción.	81
3.4.1. La Culpa en el Finalismo.	81
3.4.2. Críticas al Finalismo en los Delitos de Omisión.	94
3.4.3. Opinión Actual de Roxin Sobre Omisión y Culpa en el Finalismo.	97
3.4.4. El Error.	98
3.4.5. Culpabilidad Vacía en el Finalismo.	101
3.4.6. Último Comentario de capítulo de Finalismo.	103
4. El Funcionalismo.	104
4.1. Concepto de Funcionalismo.	104
4.2. Función de la Pena.	113
4.2.1. La Teoría de la Retribución.	113
4.2.2. Prevención General.	114
4.2.3. Prevención Especial.	116
4.2.4. Teorías Modernas de los Fines de la Pena.	118
4.2.4.1. Prevención General Positiva Fundamentadora.	118
4.2.4.2. Teoría de Roxin.	119
4.3. La Necesidad de la Pena.	122
4.4. Imputación Objetiva.	126
4.4.1. La Imputación Objetiva según Claus Roxin.	126
4.4.2. La Teoría de la Imputación Objetiva de Günther Jakobs.	137

4.5. Críticas a la teoría Funcionalista.	142
5. La Aplicación del Causalismo, Finalismo y Funcionalismo en Nuevo León.	146
5.1. El Cuerpo del Delito en el Código de Procedimientos Penales de Nuevo León.	146
5.2. La aplicación del Causalismo en el Sistema Penal de Nuevo León.	156
5.3. El Finalismo en el Código Penal en Nuevo León.	156
5.4. El finalismo del ordenamiento penal del Estado de Coahuila.	161
5.5. El Funcionalismo aplicado en el sistema penal de Nuevo León.	166
Conclusiones.	177
Bibliografía.	180

## **I n t r o d u c c i ó n .**

En la evolución de la teoría del delito, destacan tres sistemas: el causalista, el finalista y el funcionalista.

En el causalismo, se cree que el delito es un resultado causado por un hecho a través de un nexo causal, en este sistema la voluntad no tiene lugar en la acción. El dolo, la culpa, la preterintención se ubican en la culpabilidad.

En el finalismo, se considera que toda acción humana está dirigida hacia un fin, por ello ubican al dolo, culpa y demás elementos subjetivos antes de la culpabilidad, lo ubican en el tipo.

El funcionalismo, es la mas modernade las tres teorías mencionadas, en él no hubo un cambio sistemático de los elementos del delito, el dolo, la culpa y demás elementos subjetivos del delito se siguen ubicando en el tipo. Sin embargo, la novedad del funcionalismo, es la unión entre la política criminal y la dogmática penal, lo cual trae como consecuencia la importancia que se le da a la función de la pena y la necesidad de la misma. Aparte, en su aspecto ligado a la teoría del delito, el funcionalismo se basa en la teoría de la imputación objetiva.

En el año 1999 nuestros legisladores federales reformaron los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello porque consideraban que las reformas basadas en el sistema final, se exigían demasiados elementos para integrar una averiguación previa, dado que tanto para girar una orden de aprehensión como para dictar un auto de formal prisión se requería acreditar además de los elementos objetivos del delito, los elementos subjetivos, como lo son el dolo, la culpa la preterintención.

Ello, según los legisladores federales, implicaba por los tecnicismos excesivos se obligaba al Ministerio Público a integrar en la averiguación previa un expediente similar al requerido para dictar una sentencia. De ahí que en las referidas reformas se cambió el concepto de “elementos del tipo” por el de “cuerpo del delito”, como requisitos necesarios para girar una orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión.

Por ello, se hicieron reformas al Código Penal y el de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León para adecuarse a las modificaciones de la Ley Suprema.

De igual forma en el año 2004 se plasmaron diversas reformas tomadas de la iniciativa presentada ante el Congreso de la referida entidad el 13 de mayo de 2002 por el entonces gobernador del estado Fernando Canales Clariond.

El problema consiste en que no sabemos cual de las tres teorías se aplica o si son las tres teorías las que se aplican.

En este trabajo, se pretenderá demostrar mediante una opinión fundada, cual o cuales de las teorías mencionadas se aplican actualmente en el sistema penal de Nuevo León. Se analizan el sistema penal con la legislación vigente, sin tener como límite el estudio de las reformas que se publicaron en el Periódico Oficial del estado en el 2004. Por ello, las disposiciones que estudien, se analizarán con el fin de determinar cual sistema es el que se aplica.

Para ello, se hace un estudio de los tres sistemas mencionados, para después estudiar si ellos se aplican en nuestra entidad y en su caso demostrar la problemática de que se apliquen dichos sistemas en el mismo ordenamiento o bien, comprobar que pueden ser compatibles.

Se utiliza como guía la filosofía de los juristas alemanes sobre los temas en estudio, sin embargo se utiliza tomando como referencia la interpretación que dan los juristas Mexicanos principalmente Enrique Díaz Aranda en su libro “Dolo. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y la Reforma Penal en México” y Octavio Alberto Orellana Wiarco en su obra “Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista”, Gonzalo Francisco Reyes Salas en su artículo especializado y actualizado sobre el funcionalismo titulado “La racionalidad legislativa y los principios de una reforma procesal penal” escrita en la volumen 2 número 5 de la Revista Internacional de Derecho Penal y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey. Lo anterior es así, dado que dichos autores dan un enfoque mas apegado a la problemática nacional sobre dichas teorías, es decir aunque se estudian las teorías de los Maestros en la materia penal como Hans Welzel, Claus Roxin o Gunther Jakobs, se estudia el enfoque de dichos autores nacionales dado que es apropiado en la materia además de que se consideran excelentes obras. De igual forma, nos apoyamos en la doctrina de España y Colombia, esta última de la Universidad Externado de Colombia.

El trabajo se apoya en su parte medular en la doctrina y la ley, en virtud de que lo que se pretende determinar es cual o cuales de los sistemas penales se aplican teóricamente en el Código Penal y el de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León.

Se utilizará una metodología teórica, y será práctica, pues se pretende que la solución al planteamiento problema será para beneficio de la comunicad de Nuevo León.

El estudio va de lo general a lo particular, dado que primero se analizan los conceptos de las tres teorías(causalista, finalista y funcionalista) para después ver como se aplican las tres en el estado, los problemas que causan y la solución al problema.



## 1. El Sistema Penal

Primero trataremos la teoría de los sistemas, mismas que en sus rasgos básicos nos explica Eduardo Montealegre Lynett:

“5. En la teoría de los sistemas, las sociedades modernas se caracterizan por su complejidad, porque se trata de un mundo donde todos es posible, donde todo puede suceder. Precisamente, para facilitar la orientación del hombre en el mundo hay que crear mecanismos que permitan la reducción de la complejidad, y uno de ellos, es la creación de sistemas sociales, dentro de los cuales el derecho marca los límites de la configuración que se da a sí misma, la sociedad y que la caracteriza de una determinada manera.(v.gr., como un Estado de Derecho). En esa tarea de reducción de complejidad hay una estructura muy importante que es la expectativa. Para favorecer la orientación social se crean expectativas, en el sentido de que yo puedo esperar algo de alguien y, a su vez, esa persona puede esperar algo de mí. Sin embargo, como su nombre lo indica, es un concepto contingente, porque si se trata de ‘esperar algo de alguien’ esto puede acontecer o no. Es decir que la expectativa puede ser defraudada y por ende el sistema debe crear mecanismos para reaccionar frente a esas defraudaciones.”<sup>1</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende que los sistemas son elaborados para reducir la complejidad de los problemas sociales. Mediante el derecho, se marcan los límites mediante los cuales una sociedad se configura a sí misma. Para que se configuren los sistemas sociales se le da a cada persona un rol, una función, la cual los demás miembros de la sociedad esperan que cumpla, cuando no se cumple con esa función, se defraudan las expectativas de la sociedad. Al

---

<sup>1</sup> Montealegre Lynett, Eduardo. *Funcionalismo en el Derecho Penal*, Tomo I, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 24

defraudarse las expectativas, la sociedad crea mediante sistemas, mecanismos para reaccionar frente a esas defraudaciones.

Visto lo que es el concepto de sistemas, ahora pasaremos a estudiar el concepto de sistema penal. Enseguida exponemos la definición que expone Gonzalo Francisco Reyes Salas, misma que enseguida se transcribe:

“El *sistema penal*, se entiende como el conjunto de instituciones normativas, dogmática y orgánicas que tienen como propósito regular las actividades del Estado relacionadas con la investigación de hechos probablemente delictivos, el enjuiciamiento de sus probables autores, la ejecución de las consecuencias jurídicas que correspondan a los delitos probados y la total reinserción social del infractor de la norma penal.”<sup>2</sup>

Así pues el sistema penal comprende el estudio de los principios de derecho penal, sus instituciones normativas y orgánicas tendientes a regular las actividades del Estado relacionadas con la investigación de hechos probablemente delictivos y el enjuiciamiento de sus autores, la ejecución de las consecuencias del delito y la total readaptación social del infractor de la norma penal.

Como se desprenderá de posteriores páginas de esta obra, especialmente en el capítulo en que se estudia el funcionalismo, los conceptos tanto de Montealegre Lynett y Reyes Salas tienen un enfoque funcionalista del sistema penal, dado que el segundo de ellos, en lugar de utilizar el término “penas” se refiere a “consecuencias jurídicas” de los delitos, término utilizado por los tratadistas que siguen la teoría funcionalista, asimismo en el funcionalismo se considera a la readaptación social como el primordial fin de la pena.

Las referencias tomadas de Montealegre Lynett, también tienen un enfoque funcionalista, dado que además de fundarse en la teoría de los sistemas al igual que Günther Jakobs, menciona las expectativas, que crean dichos sistemas en la sociedad para reaccionar cuando se defraudan las expectativas, este modo de ver la función de la persona en la sociedad también es de la teoría de Jakobs.

Enseguida, se estudiarán los sistemas penales causalista, finalista y funcionalista.

---

<sup>2</sup> Reyes Salas, Gonzalo Francisco. *La racionalidad Legislativa y los principios de una reforma procesal penal*, Revista Internacional de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad de Monterrey, Volumen número 2, 5, Editorial Plata, México, 2004, pp. 68-69

## 2. El Causalismo, Neocausalismo y su Aplicación en Nuevo León.

### 2.1. El Sistema Causalista.

La teoría causalista de la acción, establece que el delito es una consecuencia de una acción causal. Que todo delito tiene como antecedente una acción que a través de un nexo causal, originan el resultado delictuoso, lo cual implica que la fórmula causalista es **acción mas nexo causal iguala a resultado**. La voluntad no juega un papel importante en la teoría causalista.

El fundador de la escuela causalista, es el alemán, Franz Von Lizst, quien decía que la acción se debía construir con datos exclusivamente objetivos. Lizst, definía la acción de la siguiente manera:

“La acción de un modo completamente naturalístico, como ‘una modificación material, por insignificante que sea, del mundo exterior, perceptible por los sentidos’ y concebida por ejemplo, la injuria, como una producción de vibraciones de aire y excitaciones nerviosas”<sup>3</sup>

De lo anterior, se desprende que el concepto de acción de Liszt, es puramente naturalístico. En términos similares, se pronuncia Octavio Orellana Wiarco, al señalar:

“La explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento

---

<sup>3</sup> Díaz-Aranda, Enrique citando al Franz Von Liszt, *Dolo*, Quinta Edición, Porrúa, México, 2004, pp. 5-6.

corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto...”<sup>4</sup>

De lo anterior, se desprende que la acción, para los causalistas es un factor de orden naturalístico, que trae como consecuencia un resultado material. No se presta atención a la finalidad de la acción, la voluntad del sujeto activo, resulta importante para saber las modificaciones que causó en el mundo exterior, mas no así para cerciorarse que el resultado ocasionado era la voluntad del sujeto. Lo cual se evidencia dando lectura a lo expuesto por Gregorio Romero Tequextle, en su obra “Cuerpo del Delito ó Elementos del Tipo” donde al estudiar la teoría de Liszt expone:

“LISZT afirma en su teoría, que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material.

El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal ciego, es decir, en donde no interesa el sentido del fin de la acción...”<sup>5</sup>

Vale la pena señalar, que según lo investigado, la doctrina causalista, era acorde con la ciencia naturalista que imperaba en la época que se inició dicha teoría, lo cual se evidencia al dar lectura a lo expuesto por Mariana Sacher de Köster en la versión castellana de la investigación presentada por ella misma en idioma alemán en diciembre de 1995 ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich(*Juristische Facultad der Ludwig-Maximilians-Universität München*) para obtener el título de Megister Legum(LL.M.) bajo la dirección de Bernd Schünemann<sup>6</sup>, que en su parte conducente al estudio del pensamiento jurídico naturalista dice:

---

<sup>4</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, Decimo Tercera Edición, Porrúa, México, 2003, p.10, parte de lo citado, también aparece en el libro de Gregorio Romero Tequextle, *Cuerpo del Delito ó Elementos del Tipo*, Segunda Edición, OGS Editores, México, 1999 p. 3

<sup>5</sup> Romero Tequextle, Gregorio apoyándose en Franz von Liszt, *Cuerpo del Delito ó Elementos del Tipo*,

Segunda Edición, OGS Editores, México, 1999, p.3

<sup>6</sup> Ver Prólogo de Sacher de Köster, Mariana, *Evolución del Tipo Subjetivo*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 11

#### **“D. El pensamiento jurídico naturalista.**

##### *“1. La influencia del naturalismo en el Derecho Penal”*

“La influencia de la filosofía idealista alemana se derrumbó unas décadas después de la muerte de Hegel. En ese momento, comenzó el retroceso de la filosofía dirigida fundamentalmente al intelecto y al espíritu, es decir, fue promovida la supresión de todo pensamiento intelectual-ideal a cambio de una filosofía que otorgaba **primacía al mundo objetivo**. Con ello, el influjo que había ejercido el pensamiento idealista sobre todas las ramas de la ciencia fue siendo disuelto paulatinamente.”

Entretanto, la filosofía alemana se vio influenciada por tendencias francesas e inglesas. Ellas provenían del racionalismo y empirismo de las ciencias naturales, que con DESCARTES, BACON, LOCKE Y HOBBS, entre otros, imperaron ininterrumpidamente desde la época de la Ilustración en el pensamiento europeo-occidental. A mediados del siglo XIX, estas tendencias confluyeron en una nueva concepción: el positivismo, cuyos fundamentos fueron desarrollados por AUGUST COMTE.”

“Para la visión positivista, el mundo mecanizado es de una significación fundamental, contrariamente a toda forma espiritual o intelectual. Según esta concepción, las leyes mecánicas dominan la vida espiritual o intelectual. Para los positivistas, una era industrial-técnica representa el mayor grado de desarrollo de la civilización humana. **En un primer plano se hallaría el conocimiento técnico, mientras que las características intelectuales, espirituales y morales del individuo permanecerían en un segundo término.**”

“En suma, conforme a la concepción positivista, **el mundo está sometido a las leyes de la naturaleza**. Este sometimiento de los fenómenos a las leyes naturales no es un axioma apriorístico, es decir, no es deducido de concepto alguno, sino que surge de la aplicación del método inductivo. Como consecuencia principal de estos principios, el positivismo restringe la tarea científica a todo lo que puede ser objeto de la ‘observación’, es decir, a la comprobación de hechos y sus relaciones externas. **Con ello, se rechaza sin más todo lo que puede significar comprender y explicar relaciones intelectuales y espirituales. Bajo la concepción positivista, la investigación humana debe consistir en analizar las relaciones externas de las cosas y las leyes de esas relaciones.**”

“Ello condujo a una mecanización general de todo pensamiento y una comprensión puramente mecánica de la causalidad, tanto en las ciencias naturales como así también en el mundo cultural. Sobre esta base se erigió el positivismo, sus principios fueron aplicados a todas las ramas de la ciencia. Así mismo, las leyes de las ciencias naturales fueron trasladadas al Derecho penal. Ante todo, **la influencia de las ciencias naturales fue ejercida sobre el Derecho penal al colocar los factores del mundo exterior en un primer plano**, después de que habían sido extraídos de ellos todos los elementos subjetivos que les eran inherentes. **En la esfera del Derecho penal, VON BURI y VON BAR actuaron sobre todo en la teoría de la causalidad, y VON LISZT y BELING construyeron sobre ella la teoría del delito.**”<sup>7</sup>

Posteriormente en la misma obra, al estudiar sobre la teoría causalista de Von Liszt y Beling, dicha autora señala:

*“4. La teoría clásica del delito: VON LISZT(1851-1919) y BELING(1866-1932)”*

**“a. Sobre la base naturalismo, VON LISZT y BELING construyeron en su totalidad el sistema clásico del delito. RADBRUCH(1878-1949) también perteneció a esta corriente.** Ellos sostuvieron la teoría causal, que fundaba el sistema del delito en un concepto de acción naturalista. De acuerdo con este punto de vista, la acción no es más una unidad determinada por la voluntad del autor, sino que se divide en el movimiento corporal del autor, por un lado, y la tendencia subjetiva de su comportamiento, por el otro. Ambos elementos son considerados separadamente. Para el concepto de acción de la teoría causal, sólo juega un papel el movimiento corporal del autor, por un lado, y la tendencia subjetiva de su comportamiento, por el otro. Ambos elementos son considerados separadamente. Para el concepto de acción de la teoría causal, sólo juega un papel el movimiento corporal, y sólo ese movimiento corporal debe ser ejecutado voluntariamente, mientras que la dirección de la voluntad es irrelevante. Col ello, el concepto de acción pierde el momento de la voluntad. Todos los elementos objetivos son considerados en la tipicidad y antijuridicidad, mientras que el aspecto subjetivo es analizado en la culpabilidad. De este modo, el naturalismo o “causalismo” concibe al tipo penal y a la antijuridicidad como

---

<sup>7</sup> Sacher de Köster, Margarita apoyándose en Descartes, Bacon, Locke, Hobbes, August Comte, Von Buri, Von Bar, Von Liszt y Beling. *Evolución del Tipo Subjetivo...* p. 58

categorías puramente objetivas, mientras que la culpabilidad está compuesta sólo de elementos subjetivos. Por ello, el dolo pertenece a la culpabilidad.”<sup>8</sup>

Así pues de lo transcrito, se desprende que la teoría causalista se formuló por las bases naturalistas, incluso la autora citada utiliza el vocablo “naturalismo” como sinónimo de causalista, pues en la época en que se elaboró dicha teoría regía no únicamente en el derecho la filosofía naturalista sino en todas las ramas de la ciencia, se le restaba importancia a los aspectos intelectuales o espirituales, incluyendo la voluntad, pues a ésta se le daba el carácter de movimiento corporal del autor sin atender a la finalidad perseguida por ese movimiento, a los aspectos intelectuales o espirituales, estando todo basado en lo objetivo, lo material.

Lo cual explica también porque los autores mencionados elaboraron dichas teoría causalista en los términos señalados anteriormente, en base al naturalismo, que era el pensamiento dominante en la época que lo elaboraron.

### 2.1.1. Culpabilidad Dolosa y Culpabilidad Culposa.

Los causalistas, a quienes también se les llama naturalistas, precisamente por la concepción naturalista que tienen del delito, analizan la culpa o el dolo en la culpabilidad y en un principio, se tiene al dolo y culpa como formas de culpabilidad, de tal manera que las formas de culpabilidad eran culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa.<sup>9</sup>

Así las cosas los causalistas, analizaban el dolo y la culpa hasta la culpabilidad, pues señalan:

“...Surge así el denominado ‘sistema clásico del delito’, el cual gracias a Beling, se terminaría de conformar con la introducción del concepto de tipo, el cual se caracterizó por dos notas: ‘Es objetivo y libre de valor(no valorativo)... El tipo es un puro objeto de la valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad’ **y se reservó a la culpabilidad el análisis de todos los procesos subjetivos e**

---

<sup>8</sup> Sacher de Köster, Marianna, apoyándose en Von Liszt, Beling y Radbruch. *Evolución del Tipo Subjetivo...* p. 66

<sup>9</sup> Díaz-Aranda, Enrique citando al Franz Von Liszt, *Dolo*, Quinta Edición, Porrúa, México, 2004, pp. 5-6.

**intraanímicos, es decir, el dolo y la culpa.** De lo cual según Beling se deriva que ‘para poder afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad’.

Atento a lo anterior, dentro del sistema clásico del delito tanto el tipo del delito doloso como el tipo del delito culposo son iguales, pues a ese nivel sólo se analizan la acción, la causalidad y el resultado. Es en la culpabilidad, entonces, donde se analizaba si se trataba, utilizando la terminología de la época, de un delito intencional o de uno imprudente...<sup>10</sup>

De lo anteriormente transcrito, se desprende la aportación, que Beling dio a la teoría del delito, que lo es el tipo como elemento del delito. Asimismo, se responde la interrogante de ¿Porqué los causalistas ubican el análisis del dolo o la culpa hasta la culpabilidad? Pues porque la consideraban como formas de culpabilidad. En dicho sistema, el dolo y la culpa son iguales en lo que se refiere al tipo, pues ahí únicamente se estudia la acción, el nexa causal y el resultado.

Robusteciendo lo anterior en el sistema causalista, se llegó a afirmar que el “dolo es la mas importante de las formas de culpabilidad”<sup>11</sup> y a la culpa se le veía como segunda o inferior forma de la culpabilidad<sup>12</sup>.

## **2.2. Críticas al sistema Causalista.**

Las principales críticas que se efectuaron al sistema causalista, fueron respecto a la **teoría de la equivalencia de las condiciones en la que se sustentaba en sistema causalista**, a los **delitos de omisión**, a los de **tentativa** y al **concepto psicológico de la culpabilidad**.

### **2.2.1. Sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones.**

La teoría de la *condición* o *equivalencia* considera a todas las condiciones de un resultado como recíprocamente de igual valor(equivalentes). Causante de un resultado es, por tanto, toda acción que no pueda dejar de considerarse sin que el resultado se produzca en su forma concreta. Así pues al

<sup>10</sup> Diaz Aranda, Enrique, *Dolo...*, págs. 8-9

<sup>11</sup> Wiarco Orellana, Octavio Alberto, citando a Franz Von Liszt *Teoría del Delito...* p.45

<sup>12</sup> Wiarco Orellana Octavio Alberto, ob cit. P. 54



aplicar dicha teoría, el Juez debe constatar, con ayuda de la referida fórmula de la *conditio sine qua non*, la causalidad de una acción para el resultado, en tal forma que él compare el curso causal real con uno hipotético y se cerciore si el resultado se hubiera cometido sin la acción del autor.<sup>13</sup> Sobre la fórmula de la *conditio sine qua non*, Gerardo Barbosa Castillo nos dice:

**“a. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES....**

Tradicionalmente se emplea la fórmula de la supresión mental, conocida como *conditio sine qua non*, como mecanismo de verificación de la equivalencia de las condiciones. Conforme a ella, si al suprimirse mentalmente un antecedente el resultado de todas formas se produce, es porque no se trata de una condición necesaria y por tanto no es causa; si, por el contrario, **al suprimirse mentalmente el antecedente puede concluirse que el resultado no se produciría, es porque tal antecedente constituye(sic) un factor “sin el cual no” se habría general el resultado, es decir, una causa.**”<sup>14</sup>

Es decir, se llama teoría de la equivalencia de las condiciones dado que todas las condiciones del resultado son recíprocamente de igual valor, dicho de otra manera, son equivalentes. Aclarándose, teniendo sustento en la fórmula sine qua non, que consiste en hacer un estudio de los antecedentes del resultado, y si el hecho de que alguno de ellos no se presentara traía como consecuencia que no se generara el resultado, entonces ese causa del resultado.

Dicha teoría se critica como excesiva para el Derecho Penal, pues la concatenación de todos los procesos causales anteriores y posteriores a la acción desencadenante, conducía a la atribución desmedida de resultados típicos a dicha conducta<sup>15</sup>. Para dar un ejemplo en que se muestre lo extremoso de dicha teoría, citamos el expuesto por Díaz Aranda:

“...si Adolfo quiere lesionar a Sergio y al efecto le lanza un ladrillo a la cabeza causándole una herida, ante lo cual se llama a los socorristas de la Cruz Roja, quienes a su llegada consideran conveniente el traslado del herido hasta el hospital, resultando que

<sup>13</sup> Hans-Joachim, Rudolphi traducido por Laura López Díaz.. *Causalidad e imputación objetiva*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 pp. 14-15

<sup>14</sup> Barbosa Castillo Gerardo. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 213

<sup>15</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...*p.11

durante el trayecto el chofer de la ambulancia pierde el control y choca frontalmente contra un poste de luz, cayendo los cables de alta tensión sobre la ambulancia. La pregunta aquí es si Adolfo debe responder de la muerte de todos ellos, pues él fue quien desencadenó el proceso causal que dio origen a todos los posteriores resultados, toda vez que de no haber lesionado a Sergio, no habría sido necesario llamar a los socorristas y, por tanto, éstos no habrían acudido a ese lugar, con lo cual tampoco habría existido choque alguno ni la muerte de los cuatro ocupantes de la ambulancia. Por ende, de acuerdo con la teoría de la *conditio sine qua non*, la conducta de Adolfo es la causa de la muerte de Sergio, los paramédicos y del chofer...”<sup>16</sup>

Aunque Adolfo haya lanzado a Sergio un ladrillo y le haya causado únicamente lesiones, con dicha teoría, todas las condiciones que se desataron después de ese hecho, resultan imputables al Adolfo, al grado de que a éste se le hace responsable de la muerte de Sergio. El mismo autor, para evidenciar todavía mas lo extremo de dicha teoría, en la que para imputar el resultado, se estudian las condiciones ocurridas incluso antes de éste, señala el siguiente ejemplo:

“...si Adolfo, en lugar de lanzarle un ladrillo a Sergio, planea dispararle por la mañana mientras éste realiza deporte en el Club y al efecto compra la pistola a Genaro y solicita los servicios de un taxista para llegar hasta el Club donde se encuentra Sergio, al cual priva de la vida según su plan. Aunque lo anterior no ofrece problema alguno desde el punto de vista causal para imputarle a Adolfo la muerte de Sergio, las dificultades aparecerían al realizar el examen de los procesos causales anteriores a ese momento, pues podríamos considerar que la conducta del taxista también fue una causa del resultado: muerte de Sergio, toda vez que si no hubiese llevado a Adolfo hasta el Club, éste no podría haber estado allí para matar a Sergio. Y lo mismo valdría para Genaro, quien le vendió el arma a Adolfo con la cual privó de la vida a su víctima. Y así podríamos llevar el análisis de los procesos causales en forma regresiva hasta concluir con la progenitora de Adolfo, cuya conducta de parir un hijo que después cometió un homicidio podría ser considerada también como una causa del resultado muerte...”<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Dolo...*p. 11

<sup>17</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...*p. 12

En efecto, de acuerdo a dicha teoría, la causa de la muerte no es únicamente el disparo mortal de Adolfo, sino, la madre de él es responsable por ser su progenitora, Genaro por venderle la pistola y el taxista por transportar a Adolfo hacia el Club.

Con dicha teoría se llega al grado, que un acto doloso puede excluir cualquier imputación al sujeto activo si el resultado fue benéfico para el sujeto pasivo, lo cual se desprende al dar lectura al ejemplo que invoca Welzel:

“...en una disputa entre A y B, A toma un cuchillo y le da un corte a B. El corte da, casualmente, en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces en un peligro grave, es salvado.(Para destacar aún más claramente el *tetrium comparationis*, puede situarse la pelea en una clínica, entre dos enfermeros, llevándose a cabo el corte con un instrumento quirúrgico.)...”<sup>18</sup>

En ese caso, atendiendo al proceso causal, tenemos que el resultado de A le ha salvado la vida a B, dado que las lesiones producidas a éste fueron una de las condiciones del proceso causal del resultado: reestablecer la salud de B.

Lo anterior no significa que se deba prescindir del concepto causal de acción, a lo que Mayer explica:

“...la causalidad no es ciertamente bastante para explicar satisfactoriamente *por sí* la propia índole del injusto de los tipos legales. Pues los tipos representan algo más que la simple producción causal de un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero en los tipos legales que exigen la producción causal de un resultado, aunque fieramente no sólo eso, ¿será lícito o siquiera posible prescindir de la causalidad? La contestación ha de ser necesariamente negativa si se entiende-como indudablemente es cierto- que la causalidad, si bien no es en tales casos condición suficiente, si es condición necesaria.”<sup>19</sup>

En efecto, de acuerdo al jurista citado, no se puede prescindir de la causalidad, aunque no siempre lo sea todo, sí es necesaria para determinar si se cometió una lesión a un bien jurídico.

---

<sup>18</sup> Welzel, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Traducido por José Cerezo Mir, Reimpresión de la primera Edición, Editorial B de F, Uruguay, 2002, pp. 62-63.

<sup>19</sup> Helmuth Mayer, citado por Díaz Aranda, Enrique. *Dolo*...pp. 13-14

De lo anterior se desprende que la teoría de la equivalencia de las condiciones, es una teoría extremosa, donde de aplicarse se imputarían delitos a personas que nada tuvieron que ver directamente con los hechos delictuosos, da ahí que haya sido criticada y ya no se aplique.

### **2.2.2. No hay Causalidad en la Omisión(“De la nada, nada puede surgir”)**

En los delitos de omisión, se presentó otra crítica al causalismo, pues al no haber acción que a través del nexo causal produzca un resultado, entonces no había forma de que responsabilizar al garante. Esta problemática, según la obra consultada de Díaz Aranda, la planteo Radbruch desde 1904 y Maihofer trató de superarla a través de un “concepto superior de acción” el cual abarcara tanto la acción como la omisión, lo cual no fue suficiente pues el único nexo posible entre una omisión y un resultado es el normativo: nexo de evitación, que es distinto al causal. Mientras que en la acción desencadenante de un resultado existe un nexo causal, en la omisión, por el contrario, no existe dicho nexo debido a que la conducta de omitir no es la causa objetiva del resultado típico.<sup>20</sup>

Así pues, atendiendo a una concepción puramente causal, no podría imputarse la muerte del hijo, en el famoso caso, que cita Díaz Aranda, del padre que lee el periódico y ve que a pesar de que aquel se cae a la piscina y se está ahogando y prosigue con su lectura pensando “ojalá se muera, ya me tiene hartó” y el niño muere. En efecto, el padre no desencadenó algún proceso causal de muerte con la lectura de su periódico, lo que no ha hecho es lo relevante, pero esa obligación de salvamento está impuesta por un deber de garante cuyo fundamento es puramente normativo y no causal-objetivo.<sup>21</sup>

Al respecto, los causalistas desarrollaron la tesis de la “acción esperada”, que según Orellana Wiarco, aparece en la obra de Liszt pero la desarrolla Mezger, quien dice:

“Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por esa razón que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida. Ahora bien, puesto que sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resultado enteramente correcto que ésta solo se fundamenta desde fuera(externa,

<sup>20</sup> Díaz Aranda Enrique, apoyándose en Radbruch y Maihofer. *Dolo...* p. 14

<sup>21</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Obcit.* Pp. 14-15.

normativamente); y que, por tanto no el que omite, sino el que juzga da realidad a la omisión.”<sup>22</sup>

De lo anterior, se desprende que la omisión se presente cuando no se realiza el movimiento corporal “esperado” que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa(en la acción la norma es prohibitiva).

Así pues, en los delitos de omisión dolosos un juicio puramente objetivo-causal no nos permite imputar el resultado típico al garante omitente, lo cual únicamente es posible atendiendo a los criterios normativos.<sup>23</sup>

### 2.2.3. El Fracaso de la Tentativa en el Causalismo.

“...En la definición de la tentativa fracasa ya la doctrina de la acción causal. Pues la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que *apunta* a un resultado elegido previamente; por consiguiente una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo...”<sup>24</sup>

Así lo manifiesta, Welzel en su obra “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, que se desprende que la crítica se hace desde la perspectiva finalista, en que se requiere la acción que apunte a un resultado elegido previamente. Al respecto continúa el citado Maestro formulando la siguiente interrogante “¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino con una acción con la que el autor quiere matar a un hombre?”<sup>25</sup>.

El problema aquí es que para determinar si hay tentativa, forzosamente debemos atender al análisis de la voluntad desde que entramos al estudio del tipo, dado que la tentativa así lo exige forzosamente, lo cual implica, que si no se estudia el dolo o la culpa en el tipo entonces no puede haber delito de tentativa, o bien si se estudia hasta la culpabilidad el dolo o la culpa entonces hay que reclasificar y entonces tipificarlo como tentativa estudiando el dolo y la culpa. Díaz Aranda complementa el citado ejemplo y lo traduce a nuestro Derecho Penal y señala:

---

<sup>22</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto citando a Mezger, *Teoría del Delito*,... pág. 13

<sup>23</sup> “Por otro lado, no cabe duda que los delitos llamados de omisión han planteado más problemas que los de acción, ya que sobre su naturaleza, resultado, y nexos causales se sigue debatiendo...” Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*...pág. 12

<sup>24</sup> Welzel Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*,...p. 52

<sup>25</sup> Welzel, Hans, *El Nuevo Sistema*...pp. 52

“...En efecto, analicemos el hecho del marido que después de una más de las frecuentes discusiones en casa con su mujer teniéndola de frente le dispara haciendo blanco en la pared a treinta centímetros a la izquierda de la cabeza de su cónyuge. Desde el punto de vista puramente causal-objetivo tenemos el disparo de un arma de fuego que ha hecho impacto en un muro, no tenemos muerte, ni lesión alguna; en este caso, ¿en que tipo penal subsumimos esa conducta? En uno de homicidio en razón de parentesco en grado de tentativa(arts. 323 y 12 C.p.m.), en uno de lesiones en grado de tentativa(arts. 288 y 12 C.p.m) o simplemente es atípica la conducta.”

“Es necesario atender al fin que tenía el autor para determinar si al disparar contra su mujer lo hizo con el fin de matarla y acallarle de una vez y para siempre, o bien quería lesionarla y mandarla una larga temporada al hospital o simplemente quería darle un buen susto para evitar futuras discusiones. Sólo el análisis del fin del autor nos permite en el primer supuesto de hecho subsumirlo en una tentativa de homicidio en razón de parentesco y en el segundo en uno de tentativa de lesiones, mientras que el tercer supuesto, si se pueden comprobar las habilidades especiales del marido en el disparo de arma de fuego, sería atípico.”

“Queda de manifiesto que para presentar todas las soluciones anteriores fue necesario establecer la finalidad que guió la conducta del marido, ya que si sólo atendiéramos a criterios puramente objetivos dicha conducta sería atípica, pues la conducta del sujeto activo no ha causado lesión alguna. Estos resultados insatisfactorios de la teoría causalista de acción en la tentativa dejaban de manifiesto la necesidad de replantear su contenido.”<sup>26</sup>

De lo anterior se desprende que para adecuar una conducta típica en delitos de tentativa forzosamente debemos estudiar los aspectos subjetivos desde el tipo. Asimismo que se debe atender la finalidad del autor para poder encuadrar la conducta ya sea en el delito de tentativa de homicidio en razón de parentesco, en el de tentativa de lesiones, o bien si quería nadamás darle un susto, entonces habría que comprobar las habilidades especiales del marido con el disparo del arma de fuego y si así fuera sería atípico.

Welzel, no batalla para señalar que dicho problema nunca pudo ser ni siquiera objetado por los causalistas, e incluso cita a Mezger para demostrar que hasta los causalistas consideran que en la tentativa y en la consumación, la resolución de la

---

<sup>26</sup> Diaz Aranda, Enrique, *Dolo...*pp. 15-16.

voluntad pertenece al tipo de acción, lo cual se desprende al dar lectura a la obra citada del Maestro Welzel, que en su parte conducente dice:

“...Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad de la acción. **Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción.**

**La doctrina de la acción causal no ha podido objetar este argumento. También MEZGER admite ahora ‘que tanto en la tentativa como en la consumación, la resolución de voluntad pertenece al tipo de acción’...”<sup>27</sup>**

En efecto, si la voluntad es parte fundamental en la tentativa, también lo debe ser cuando se produzca el resultado. Tan obvia es la crítica al causalismo, en los delitos de la tentativa que Mezger, admitió que la voluntad pertenece al “tipo de acción” con independencia de que se produzca el resultado.

Así pues se desprende que la tentativa en el causalismo, tuvo críticas que no fueron superadas por sus partidarios y que inclusive el estudio de la tentativa los llevó a concluir que en el tipo se debe estudiar la voluntad, al margen de que haya resultado o no, lo cual implica que los causalistas como el citado Mezger, reconocen que es en el **tipo** donde se debe estudiar el **dolo o en su caso la culpa**.

#### **2.2.4. Crítica al Concepto Psicológico en la Culpabilidad en el Causalismo.**

##### **2.2.4. La Culpabilidad Culposa**

El sistema clásico sustentaba la culpabilidad en el nexo psicológico entre el autor y su hecho, de tal suerte que en tratándose de la culpa ese nexo consistía en la “previsibilidad” del posible resultado por parte del sujeto activo, quien confiando en su conducta cree que el resultado no se producirá, sin embargo, éste si se verifica. Precisamente, esa “previsibilidad” anterior al hecho servía de fundamento al sistema clásico para sostener la existencia de un nexo psicológico “defectuoso” entre el sujeto activo y el resultado, dado que el resultado obtenido no había sido el querido por el sujeto activo y por ello se debía sancionar con una pena menor<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p.52

<sup>28</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Ob cit*, p. 16-17

#### 2.2.4.2. Culpa Consciente o Culpa con Representación.

El hecho de que se justificara la sanción de la culpa en el aspecto objetivo la causación de un resultado y en el subjetivo el nexo psicológico defectuoso entre lo que se había representado el autor y el resultado no querido, entonces podía sustentarse la culpa de quien viola cualquier deber de cuidado por el hecho de haberse representado y desechado la posible verificación de un resultado típico en cual efectivamente acaece. Sobre lo anterior Díaz Aranda, hace una crítica apoyándose en el siguiente ejemplo:

“Así por ejemplo, el vacacionista que conduce su auto por la carretera federal en dirección hacia Acapulco, observando todos los deberes de cuidados propios de la conducción de un vehículo de motor, pero en un momento determinado acelera un poco más y sobrepasa en 10km/h el límite de velocidad fijado en 80 km/h y aunque recuerda que el día anterior leyó en el periódico que en esa zona se habían verificado bastantes accidentes y se representa las lesiones que sufrían él y sus acompañantes si llegara a chocar, sin embargo confía en que no se producirá el resultado y prosigue con su velocidad de 90 km/h, pero resulta que en la curva siguiente choca de frente con otro auto que había invadido indebidamente su carril, verificándose efectivamente el resultado de lesiones del vacacionista y sus acompañantes. ¿Podríamos decir que dicho vacacionista es culpable de un delito de lesiones culposas?

Atendiendo a los postulados anteriores del sistema clásico ‘sí’ podríamos sostener su culpabilidad culposa, debido a que su acción ha sido una de las causas del resultado típico de lesiones(aspecto objetivo: desvalor del resultado) y existía un nexo psicológico defectuoso(representación desechada de los resultados típicos verificados).

Sin embargo, en el supuesto anterior anterior excluía la culpabilidad por la “infracción del cuidado debido”, pero al recurrir a ese criterio, que es de naturaleza normativa, el sistema clásico se apartaba de la fundamentación **psicológica** en la cual hacía descansar la culpabilidad. Además, debemos resaltar que era hasta la culpabilidad en donde quedaba excluida la responsabilidad del autor, lo cual significa que su conducta sí era típica y antijurídica.

Algo faltaba para solucionar supuestos como el anterior sin tener que llegar hasta la culpabilidad, ese algo es el ‘desvalor de la



acción', concepto que Welzel conseguiría incluir gracias al concepto de conducta social y con ayuda de nuevos criterios dogmáticos como el del "riesgo permitido" elaborado por Engisch en 1930. Recientemente a través de la teoría de la imputación objetiva, supuestos como éste quedan excluidos desde el análisis del tipo objetivo atendiendo a que no se pueden imputar a la conducta de violar el límite de velocidad en 10km/h por encima del permitido, los resultados de lesiones de los acompañantes, pues la norma que prohíbe aumentar el límite de la velocidad no tiene como fin evitar el choque con otro auto que viene en sentido contrario..."<sup>29</sup>

En efecto, de acuerdo al sistema causalista, en el ejemplo citado a quien se hace responsable era al vacacionista que manejaba 10 km/h arriba de lo permitido y a él se le responsabiliza por la colisión de su vehículo contra otro que venía en su mismo carril pero en dirección contraria. Lo anterior es así, en virtud de que su acción ha sido una de las causas del resultado típico de lesiones, y existía un nexo psicológico defectuoso. Sin embargo, tal y como lo señaló Díaz Aranda, la razón por la que se excluía la culpabilidad obedecía a la "infracción de cuidado debido", criterio éste, de naturaleza normativa, y al invocarlo, se apartaba de la fundamentación **psicológica** en la cual hacía descansar la culpabilidad. Asimismo, se destaca que era hasta la culpabilidad donde se excluía la responsabilidad del autor, lo cual implica que se reconocía que el hecho era típico y antijurídico.

Lo anterior, implica primero; que al analizar términos normativos en la culpa con representación hasta la culpabilidad implica que se está contradiciendo a los elementos puramente **psicológicos** que de acuerdo a los causalistas integraban la culpabilidad. Segundo, que al estudiar la causa de exculpación hasta la culpabilidad, se está reconociendo que la conducta realizada fue típica y antijurídica siendo contradictorio que en consecuencia no sea culpable.

#### 2.2.4.3. Culpa inconsciente.

Si se considera que en la culpa consciente o con representación, fracasó el sistema causalista, todavía fue mas notable su fracaso en la culpa consciente, dado que no se encontró cual era el nexo psicológico entre el autor y el resultado.

Resulta que la culpa inconsciente se caracteriza precisamente por la falta de previsibilidad del resultado típico y por tanto, sin la existencia del nexo

---

<sup>29</sup> Díaz Aranda Enrique, *Ob Cit.* pp. 17-18

psicológico entre el autor y su hecho no habría forma de sustentar la culpabilidad. Sobre este tema procedemos a citar el análisis de Díaz Aranda, para el cual utiliza el mismo ejemplo del vacacionista citado en la culpa consciente:

“...Volviendo a nuestro supuesto de hecho del vacacionista, si el otro conductor, quien venía de frente invadiendo el carril prohibido, no se hubiese representado la posibilidad de un choque y mucho menos la provocación de lesiones, entonces no se podía establecer el nexo psicológico defectuoso imprescindible en los delitos culposos y su ausencia dejaba sin fundamentación a la culpabilidad misma y, como consecuencia de ello, no había forma de establecer la responsabilidad penal de dicho conductor.

“De esta suerte, conforme a los postulados del **sistema clásico**, podríamos llegar a **resultados inconcebibles: la culpabilidad culposa del vacacionista por el delito de lesiones, por haber previsto un resultado y haber infringido, aunque en muy poco, un deber de cuidado y, en el otro extremo, excluir la culpabilidad de quien conducía en sentido contrario por el simple hecho de no haberse representado los posibles resultados de su conducta altamente riesgosa.**”

“Y por extremo que parezca, ¡esas soluciones son defendibles aplicando los presupuestos del sistema clásico! Lo cual nos llevaría a, por decirlo de esa forma, premiar al conductor que ni siquiera tuvo el más mínimo cuidado y conciencia de lo peligroso de su actuar...”<sup>30</sup>

En efecto, desde la perspectiva causalista se llega a la conclusión de que el responsable culposamente por las lesiones consecuencia del accidente lo es el vacacionista, dado que él se representó el resultado y aunque confiaba en que no sucedería, el resultado se presentó, es decir, por el solo hecho de él representarse el resultado, es responsable, dado que hay un nexo psicológico entre el hecho y el resultado. Sin embargo, el conductor que transitaba por el carril contrario, por no haberse representado el hecho, no se le puede imputar el resultado, dado que no hay nexo causal alguno. Esta es la razón por la cual también se critica la culpa inconsciente todavía aún mas que la consciente.

#### **2.2.4.4. Causas de Exculpación.**

El estado de necesidad y el miedo insuperable fueron supuestos de causas de exculpación que no se pudieron explicar sistemáticamente por el sistema

---

<sup>30</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Obcit.* pp.18-19

causalista. Ello obedece a que en la culpabilidad los causalistas únicamente incluían los elementos subjetivos mas no los objetivos, lo cual imposibilita una explicación de porqué excluir la culpabilidad en casos como los siguientes:

“En el estado de necesidad exculpante, existe un nexo psicológico entre el autor y su hecho; es más, ese nexo es perfecto, pues el autor consigue el resultado deseado, con lo cual estaríamos ante una culpabilidad dolosa y, sin embargo, dicha culpabilidad debía quedar impune.”

“Así, por ejemplo, en supuestos como el de la tabla de Carneades, en el cual dos náufragos luchan por asirse de una tabla para salvar su vida, siendo que ésta sólo soporta el peso de uno de ellos, ante lo cual uno mata al otro, ¿cómo explicar que esa culpabilidad dolosa perfecta –pues el náufrago quiso y efectivamente mató al otro-, deba quedar excluida por la existencia de un estado de necesidad exculpante?...”<sup>31</sup>

En efecto, en casos citados como el del náufrago, para determinar si hay estado de necesidad exculpante es necesario estudiar si existía otra manera de salvarse la vida, como pudiera ser otra tabla, un barco cercano, un chaleco salvavidas, o bien si efectivamente la tabla no soportaba el peso de los dos náufragos, todas estas son cuestiones objetivas.

En el sistema causalista únicamente se estudian las cuestiones subjetivas en la culpabilidad, por tanto no es posible entrar al estudio de las cuestiones objetivas mencionadas en el párrafo anterior, es por ello que se considera que el sistema causalista fracasa al analizar las causas de exculpación.

### 2.3. El Neocausalismo.

El neocausalismo, es una escuela también causalista, pero que se les llama neocausalistas, por tener nuevas ideas y ciertos avances con relación a los causalistas.

Uno de ellos es el la llamada **teoría adecuación**, que fue una de las aportaciones del neocausalismo a la teoría del delito, y que surge como novedad respecto a la teoría de la equivalencia de las condiciones, de la cual se trató en anteriores renglones, y con el fin de mejorar dicha teoría. De acuerdo a Hans-Joachim Rudolphi, la nueva teoría consiste en:

---

<sup>31</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Ob Cit.* p.19

“...La *Teoría de la adecuación* se esfuerza por limitar el desmesurado alcance de la teoría de la condición **ya en el plano de la tipicidad**. De acuerdo con esta teoría no deben tenerse en **cuenta todas aquellas condiciones que desde un principio no forman una base apropiada para la imputación del resultado, y que de acuerdo con la experiencia no son aptas para producir tal resultado. Deben por tanto excluirse ya en el plano de la tipicidad los cursos causales atípicos**, que sólo con base en una concatenación de circunstancias injustas e improbables producen el resultado típicamente antijurídico. Formulado esto positivamente significa lo siguiente: causa y con ello base apropiada de responsabilidad, no es toda condición, sino sólo aquella que de acuerdo con la experiencia es apta para producir un resultado semejante; es decir, la **condición adecuada** para el resultado. De acuerdo con esto, es necesario para la imputación del resultado que su producción haya sido probable en la ejecución de la acción hasta un determinado grado, no muy alto. La relación de adecuación entre acción y resultado representa por tanto una relación de probabilidad. Este juicio de probabilidad preponderante para la adecuación de la condición debe sustentarse por la vía de un pronóstico posterior objetivo. **El juez debe retrotraerse al momento de la acción y preguntarse si, de acuerdo con el conocimiento experimental de la época y con base en las circunstancias reconocidas por una persona juiciosa y conocidas por el autor, era de esperarse o no, con la probabilidad necesaria, el desarrollo causal concreto que lleva la producción del resultado...**”<sup>32</sup>

De acuerdo a lo transcrito, las novedades de esta teoría consisten en; primero, que para imputar un resultado a una persona, se deben tomar en cuenta únicamente las condiciones que sean en grado considerable idóneas para lograr el resultado, lo segundo que se desprende, es que para aplicar la referida teoría, se deben tomar en cuenta las circunstancias particulares del sujeto activo, como lo son sus conocimientos lo que pensaba en el momento de los hechos y el juez retrotrayéndose al momento de los hechos, tomando en cuenta dichas circunstancias, desprende si era de esperarse con la probabilidad necesaria el resultado causal concreto que origina la producción del resultado.

---

<sup>32</sup> Rudolphi, Hans-Joachim traducido por Díaz López, Claudia, *Causalidad e imputación objetiva*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. pp 26-27.

Como complemento a la teoría de la adecuación, se elaboró la **teoría de la relevancia**, sus seguidores fueron Mezger, Gerland, Blei<sup>33</sup>, y según Hans-Joachim Rudolph, consiste en lo siguiente:

“La *teoría de la relevancia* distingue, con ayuda de la teoría de la condición, **entre la causalidad por comprobar de una determinada conducta y la pregunta normativa sobre la relevancia jurídica del suceso causante del resultado concreto**. Esta última pregunta debe responderse de acuerdo con el sentido del correspondiente tipo penal. Básicos para la imputación del resultado son, de acuerdo con la teoría de la relevancia en el ámbito de la causalidad comprobada y con la teoría de la condición en contraposición con la teoría de la adecuación, **no sólo los juicios de probabilidad y experiencia, sino exclusivamente puntos de vista normativos**; es decir, **el sentido y el fin del respectivo tipo penal, así como los principios generales de la teoría del injusto típico...**”<sup>34</sup>

Así pues, al igual que la teoría de la equivalencia de las condiciones, causa es todo antecedente necesario para la producción de un resultado, sin embargo, **solo adquiere relevancia para el derecho penal cuando un comportamiento corresponde a la forma típica de producción de un resultado.**

Sobre los principales avances del neocausalismo a la teoría del delito Díaz Aranda, nos dice:

“...Al igual que su antecesor, el sistema neoclásico manteniendo la fundamentación del **tipo objetivo** en las teorías causales, aunque rectificadas, y el cambio más relevante radica en la **inclusión de los elementos normativos**, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado de elementos descriptivos(causales) y **elementos normativos**. Empero, el cambio fundamental radicó en el descubrimiento de los elementos **subjetivos distintos del dolo**, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo. Desde este momento y hasta nuestros días el tipo penal se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo ...”<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Barbosa Castillo, Gerardo. *Lecciones de Derecho Penal...* pp. 214 En esta obra, el maestro Castillo, señala a los tres juristas como seguidores de dichas teorías.

<sup>34</sup> Rudolph, Hans-Joachim traducido por Claudia López Díaz. *Causalidad e imputación objetiva*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp.29-30

<sup>35</sup> Díaz Aranda, Ob cit. P.24

En efecto, el sistema neoclásico, mantiene la misma fundamentación del tipo objetivo que en las teorías causales, desprendiéndose que el mayor cambio consistió en el descubrimiento de los elementos subjetivos **distintos del dolo**, mismos que dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo, lo cual subsiste hasta nuestros días pues como se verá en posteriores renglones de esta tesis, el tipo penal se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo. Esto implica, que el **tipo objetivo** quedaría configurado con **elementos descriptivos o causales y elementos normativos** y el tipo subjetivo por elementos distintos al dolo.

### 2.3.1. El Tipo Objetivo en el Sistema Neocausalista.

En el tipo se analizarán los elementos normativos, dado que éstos fueron la novedad del neocausalismo al tipo objetivo.

#### 2.3.1.1. Los elementos Normativos.

Sobre el concepto de lo que son los elementos normativos, Gerardo Barbosa Castillo de la Universidad Externado de Colombia, nos dice:

“...Se admitió así la existencia de *ingredientes normativos*, esto es, expresiones contenidas en el tipo que requieren un juicio de valor para su comprensión, como por ejemplo, la noción de la *cosa mueble* ajena incorporada al tipo de hurto, ...”<sup>36 37</sup>

En efecto, al hablar sobre ingredientes normativos, implica que se debe realizar un juicio de valor para su comprensión, poniendo como ejemplo, que para determinar su se actualiza el tipo de “hurto”, que en México sería robo, se debe hacer una valorización de la cosa mueble ajena en el tipo.

---

<sup>36</sup> Barbosa Castillo Gerardo, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 211

<sup>37</sup> Enseguida se expone el siguiente concepto, sobre elementos descriptivos: “Son elementos **descriptivos** todos aquellos que provienen del ámbito del ser o, en otros términos, **que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos**. Por ejemplo, en el artículo 138, “matar” u “otro”; en el artículo 144 “aborto” o “mujer”. Sin embargo, la mayoría de ellos precisan de una valoración ulterior. Así, es preciso establecer a efectos penales cuando ese “otro” ha fallecido –cese de la actividad cerebral o cardíaca-, o determinar el momento en que comienza la vida dependiente del feto- la concepción o la anidación, todas ellas cuestiones controvertidas.” Ver: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Otros. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 157

Sobre el mismo tema Díaz Aranda, nos dice:

“Fue Max Ernst Mayer quien puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma, es decir, se deben analizar en el tipo. Así, por ejemplo, el elemento “ajeneidad” del tipo de robo es imperceptible a través de los sentidos, se requiere de una valoración jurídica de su *ratio essendi* la cual, posteriormente, será analizada en “todo su contexto” para fundamentar su antijuridicidad o *ratio cognoscendi*. Aunque, de acuerdo con Mayer, los elementos normativos tienen una doble posición al encontrarse tanto el tipo en la antijuridicidad, éste es otro de los pasos importantes para dejar atrás la concepción del tipo avalorado formulada por Beling...”<sup>38</sup>

Por lo tanto, aparte de los elementos descriptivos, que son perceptibles por los sentidos, en el sistema neocausalista, se adicionan los elementos normativos, que son los que hacen necesaria una valoración antes de la antijuridicidad. Asimismo, se desprende que dichos elementos normativos deben encontrarse tanto en el tipo como en la antijuridicidad.

### 2.3.2. El Tipo Subjetivo.

En este tema, se consultó a la catedrática de la Universidad Externado de Colombia, Sandra Jeannette Castro Ospina, que señala:

“Hegler, M.E. Mayer y Mezger, adscritos al esquema neokantiano, señalaron que no era posible sostener que todos los elementos objetivos se encontraban en la antijuridicidad y los subjetivos en la culpabilidad; **si el tipo era la descripción de lo que se consideraba socialmente dañoso, y para ello se requería de determinados elementos subjetivos, éstos debían quedar incluidos en el tipo, sin que ello afectara el carácter prevalentemente objetivo de la tipicidad y de la antijuridicidad.** La introducción de elementos subjetivos en la tipicidad y el concepto normativo de la culpabilidad fueron las bases que permitieron elaborar el esquema finalista del delito...”<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Díaz Aranda, Enrique apoyándose en Max Ernst Mayer. *Ob Cit.* p. 25

<sup>39</sup> Castro, Sandra Jeannette citando a Hegler, M.E. Mayer y a Mezger. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 224

En efecto, los neocausalistas estimaron que en el tipo también existían elementos subjetivos, pero reconocían que el tipo debía ser predominantemente objetivo. Señalando la Jurista citada que la incorporación de elementos subjetivos en el tipo vino a ser el fundamento al sistema finalista de la acción.

En el mismo sentido Díaz Aranda menciona:

“...Se debió a las aportaciones de Fischer y Hegler el descibrimiento de que en muchos supuestos del hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción para determinar cuál es el tipo en el que puede subsumir la conducta o si, por el contrario, ésta es atípica.”

“Lo anterior sucede en tipos con elementos anímico-subjetivos específicos, por ejemplo el ánimo de apropiación en el robo o el ánimo de lucro en el fraude, los cuales no pueden explicarse atendiendo a juicios estrictamente causal-objetivos sino sólo recurriendo a juicios estrictamente subjetivos...”<sup>40</sup>

De lo transcrito, se desprende que los neocausalistas, consideran que en el tipo ya se deben estudiar cuestiones subjetivas como el ánimo, especialmente en delitos como el robo o el fraude que lo llevan como un elemento del delito. Es decir, ¿Cómo nos podemos dar cuenta si se cometió el delito de fraude si no estudiamos si hay e ánimo de lucro? Pues no se puede, dado que el tipo nos exige estudiar dicho elemento para determinar que hay fraude, traduciendo la pregunta a un tono mas práctico ¿Cómo se puede girar una orden de aprehensión por un delito de fraude si no se ha estudiado el ánimo de lucro? No se puede, se tiene que entrar al estudio de dicho concepto del “animo” de lucro.

Pero aún así, nos queda la siguiente interrogante, ¿Qué hay del dolo y la culpa, dichos elementos subjetivos también los estudian los neoclásicos en el tipo? La respuesta es no. Como ya se hizo notar, los neoclásicos aceptan la inclusión de elementos subjetivos en el tipo, pero dentro de esos elementos no se encuentran el dolo o la culpa.

Lo anterior conduce a la siguiente pregunta ¿Porqué los neoclásicos no admitieron el dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo?

---

<sup>40</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Fischer y Hegler. *Ob cit.* p. 26



La respuesta es; porque los neoclásicos consideraron que la existencia de los elementos subjetivos en el tipo era de carácter excepcional.<sup>41</sup> El sustento de lo anterior Díaz Aranda lo pone como nota de pie, sin embargo, aún así consideramos que es de fundamental importancia y enseguida lo transcribimos:

“...Se sostuvo en 1952 que sólo entre 90 y 100 de los 700 tipos del Código Penal Alemán contenían elementos subjetivos. Tomado de Rolf SCHUDT por MEZGER, cita de CEREZO MIR, José. ‘Lo injusto...’ págs.60-61.”<sup>42</sup>

En efecto, se consideraba que era de carácter excepcional dado que únicamente entre 90 y 100 de los 700 tipos del Código Penal de Alemania contenían elementos subjetivos.

### **2.3.3. La Culpabilidad en el Sistema Neocausalista(Culpabilidad Psicológica-Normativa).**

Como ya se mencionó en anteriores renglones de esta obra, los causalistas en un principio incluían únicamente elementos psicológicos en la culpabilidad, los neocausalistas aportaron a la misma otros elementos, que son los elementos normativos, esto se evidencia al dar lectura a lo expuesto por Miguel Córdoba Angulo profesor de la Universidad Externado de Colombia, quien explica:

“La evolución de la teoría psicológica a la teoría normativa de la culpabilidad tiene que ver con el surgimiento del concepto neoclásico del delito; así mismo, con el avance de las ciencias del positivismo a la valoración(neokantismo).”

“La teoría normativa define la culpabilidad con un juicio de valor, como un juicio de reproche contra una persona que ha realizado un hecho típico y antijurídico, cuando le era exigible actuar de otra manera.”

**“Para esta teoría el fundamento de la culpabilidad radica en la libertad de voluntad(libre albedrío), en la libertad de actuar de otra manera. Es decir que al individuo el Estado le hace un juicio de reproche cuando, siendo libre, decide realizar una conducta típica y antijurídica.”**

“La concepción psicológica normativa de la culpabilidad no constituye en rigor una concreta posición doctrinal, ya que se trata más

---

<sup>41</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Ob cit.* p. 28

<sup>42</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a cerezo Mir que a su vez citó a Rolf Schudt y a Mezger. *Ob cit.* p. 28

bien de una serie de ideas o sugerencias orientadas a rechazar las posturas psicológicas; por ello es que para algunos el dolo y la culpa son considerados como formas o elementos de la culpabilidad; para otros son especies de la misma. Por estudiarse en sede de culpabilidad el dolo y la culpa es por lo que la teoría se denomina psicológica normativa. También dentro de estas corrientes existe una gran discusión en torno a la imputabilidad, en el sentido de si ésta es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad.”

“Pese a esa disparidad de criterios, hoy en día y de manera mayoritaria se considera que en sede de culpabilidad se deben estudiar:”

“a. La imputabilidad.”

“b. Las formas de culpabilidad(dolo, culpa y preterintención).

“Podríamos decir que en Colombia la teoría psicológica normativa de la culpabilidad es la que ha imperado mayoritariamente, toda vez que el Código Penal de 1980 en sus artículos 35 y siguientes consagra, dentro del capítulo de la culpabilidad, el dolo, la culpa y la preterintención como formas de la misma, entre otras razones. ...”<sup>43</sup>

Sobre la inclusión de los elementos normativos a la culpabilidad, en la obra “Lecciones de Derecho Penal Parte General” de la Universidad de Salamanca, se expone el tema en términos similares:

## **“2. Concepto normativo de culpabilidad**

Cuando esa valoración comienza a colorear el sistema(siendo desplazada, por ejemplo, la teoría de la condición por la de la adecuación), el cambio afecta también a la culpabilidad, aunque si destronar todavía el apoyo en el libre albedrío. Autores como Mezger o Welzel(**con tan diferentes puntos de partida**) **adoptan un ‘concepto normativo’ de culpabilidad que se sustancia en un reproche dirigido al autor por haber realizado el hecho, reproche que sólo tiene sentido si se parte de que ese sujeto podía haberse abstenido de ejecutarlo y, por tanto, de que era libre de hacerlo o no.** Pero no se trata ya de una reprobación metafísica, sino basada en la idea de que el ordenamiento jurídico está en condiciones de exigir a sus ciudadanos un determinado comportamiento y de que el merecimiento de la pena nace por no haberse conducido según

---

<sup>43</sup> Córdoba Angulo, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 344-345

**lo que jurídicamente le era exigible. Así pues, la exigibilidad de una conducta diferente, acorde con el Derecho, es el verdadero punto neurálgico de esta concepción de la culpabilidad.** Si el autor es un loco, no se le podrá exigir que se comporte de manera diferente a como lo hizo, por su incapacidad, si el autor desconocía que su conducta se hallaba penalizada, tampoco se le podrá exigir como a quien sí lo supiera, etc.”<sup>44</sup>

Ambas citas, coinciden en que el agregar el juicio de reproche a nivel de culpabilidad implica que se está haciendo una valoración sobre la conducta frente al hecho, en que se debe determinar si el sujeto activo era libre de tomar una conducta distinta, que no fuera típica ni antijurídica, es decir si cumplió con la conducta que le era jurídicamente exigible y si no la cumplió, entonces se procede a la valoración consistente en determinar si el activo era libre de tomar conducta diversa.

Ahora, aparte de lo anterior, de lo expuesto por Miguel Córdoba Angulo, se desprende que aterriza la doctrina a la Ley, pues explica que en Colombia, ha imperado la teoría psicológica normativa, es decir el sistema neocausalista, en lo referente a la culpabilidad. Sustenta su afirmación en que el Código Penal de Colombia de 1980 en sus artículos 35 y siguientes consagra dentro del capítulo de culpabilidad, el dolo, la culpa y la preterintención como formas de la misma<sup>45</sup>. Es

---

<sup>44</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Editorial , Praxis, España, 1999, p. 242

<sup>45</sup> Cabe señalar que según lo investigado, en las reformas de 2000 el Código Penal de Colombia, se reguló el dolo y pasó a ser una modalidad de conducta y fue trasladado al tipo de lo injusto. Lo cual se evidencia al dar lectura a Sandra Jeannette Castro Ospina, quien dice: “b. CÓDIGO PENAL DE 2000 El dolo fue regulado dentro del capítulo relativo a la conducta punible, y el artículo 21 lo incluyó dentro de las modalidades de la conducta. El artículo 22, por su parte, señala:”

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su producción se deja librada al azar.”

“De las normas citadas puede concluirse lo siguiente:”

“-El dolo no es ya una forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta, con lo cual fue trasladado al tipo de injusto.”

“-El conocimiento que se exige para el dolo versa sobre los hechos constitutivos de la infracción penal, con cual queda excluido el conocimiento de la antijuridicidad; se trata de un *dolo natural o avalorado*.”

“-En la primera parte de la norma fueron recogidas las modalidades de dolo directo de primer y segundo grado.”

“-El ‘conocimiento’ y en ‘quiere’ versan sobre ‘los hechos constitutivos de la infracción penal’, con lo cual quedan incluidos todos los elementos del tipo objetivo.”

“-Las expresiones ‘conoce’ y ‘quiere’, a que alude la norma al regular el dolo directo, expresan que éste debe ser efectivo y actual.”

decir, al ubicar dicho Código, el dolo y la culpa en la culpabilidad se está utilizando el sistema neocausalista.

**Lo anterior, es de fundamental importancia, con esto tenemos acreditado el primer punto el cual pretende demostrar que en Nuevo León, se utiliza el sistema neocausalista y por ello, debe subrayarse y tomar nota, pues al dar lectura al Código Penal de Nuevo León, se desprende que nos encontramos en la misma situación que describe el Doctor Córdoba en el análisis del diverso Código Penal Colombiano.**

Lo anterior se evidencia al dar lectura al artículo 26 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, que por cierto es el numeral con el cual inicia el capítulo IV, de **culpabilidad**, que dice:

**“Capítulo IV  
Culpabilidad.**

**ART. 26.-** Toda persona acusada de delito se presume **inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforma a la Ley, misma que será determinada en juicio**, en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa.

Sólo podrá realizarse la imposición de las penas, si la **acción u omisión juzgada ha sido realizada con dolo, culpa o preterintención.**”<sup>46</sup>

Así pues, de dicho artículo se desprende que para efecto de determinar si la acción u omisión de la persona indiciada es culpable, entonces además de estudiar los aspectos psicológicos como son el dolo y la culpa, también se requiere un elemento valorativo, que lo es el juicio que se sigue, en el que se deberá determinar si la acción u omisión juzgada es culpable o no.

El sistema neocausalista, exige que en la culpabilidad, haya elementos psicológicos y normativos, en el Código Penal citado, se desprende que se cumple con ambos, pues al ubicar la culpa y el dolo en el nivel de culpabilidad y al exigir la

---

‘-En el dolo eventual se adopta la *teoría de la probabilidad* y se prescinde del ‘querer, aceptar, o conformarse’, que son característicos de las conductas dolosas. Se incluye la ‘no evitación’, cuando se refiere la norma al dejar la producción ‘librada al azar’, lo cual implica la no intervención del agente.’

” Ver a la citada autora. *Lecciones de Derecho Penal Parte General...* p. 237

<sup>46</sup> Código Penal para el Estado de Nuevo León, Editorial Lazcano, Enero de 2005.

reprochabilidad de la conducta previo juicio, entonces es obvio que se cumple con ambos requisitos.

Por lo tanto, el Código Penal de Nuevo León, tiene el sistema neocausalista en lo referente a la culpabilidad y es por ello que en los renglones anteriores manifestamos estar de acuerdo con Córdoba Angulo en el análisis que hizo del Código Penal de Colombia.

#### **2.4. Ubicación de algunos neocausalistas del dolo y la culpa en el tipo. “¿no todo aquel dogmático que analiza al dolo en el tipo es necesariamente finalista!”<sup>47</sup>**

Como ya se expuso anteriormente, una de las novedades de los neocausalistas, fue la ubicación de elementos subjetivos en el tipo, fue así como algunos autores se pronunciaron a favor de que el dolo y la culpa se estudiaran en la sede del tipo.

Sobre el tema Díaz Aranda nos dice:

“...Entre los autores que ubicaron al dolo en el tipo antes de la aparición del finalismo, podemos citar a: von Weber, Wolf, Lange y Mayer. “

“Para von Weber el dolo debía ser incluido en la acción típica, al paso que para Wolf ‘el concepto de acción debe recibir su significado de los tipos de autoría; el dolo y la culpa, como formas psíquicas del acto de resolución, son relevantes...para el concepto de acción, no para el de culpabilidad”.

“Mientras que Lange sostuvo: ‘una teoría del delito que concibiera el tipo de injusto como la simple realización de un resultado antijurídico, debería forzosamente fracasar en la participación, particularmente en los delitos de intención. La personal relación entre acto y su autor, que permite mostrar el acto como obra del autor, se funda sobre una voluntad llena de sentido, esto es, sobre el querer realizar el acto como propio; este querer constituye un elemento subjetivo del injusto’.”

“Por otra parte, ‘a la vista del texto legal que emplea un distinto modo de redacción para configurar las conductas dolosas y culposas-la matar del delito doloso corresponde la causación de la muerte del culposo-, se plantea la cuestión de si esta distinción terminológica

---

<sup>47</sup> Díaz-Aranda, Enrique. *Dolo...*p.38

corresponde una diferencia real. Esta cuestión la ha resuelto Mayer en el sentido de que el concepto de acción es desde el principio de naturaleza final; ello da lugar a que exista una diferencia estructural entre el tipo de los delitos dolosos y de los culposos’.”

“Los pronunciamientos anteriores eran una consecuencia lógica de la nueva influencia de la escuela sudoccidental alemana de los valores, por la cual, como pudimos constatar en el pensamiento de Mezger ya se aceptaba la existencia de éstos en categorías sistemáticas previas a la culpabilidad y ello podía apuntar hacia la inclusión de la finalidad en la conducta. Empero, Mezger se negó a dar ese paso conceptual, argumentando que ello significaría recargar a la acción con contenidos cuyo análisis pertenecía a otro elemento del delito y por tanto la conducta debía permanecer con un contenido puramente causal.”

“La aceptación de los elementos subjetivos en el tipo, ánimos, tendencias, intenciones, también podía conducir a incluir al dolo en el tipo. Mas ello se negó con el argumento de la excepcional presencia de dichos elementos subjetivos en los tipos penales.”

“De todo lo anterior se desprendía la manutención del dolo en la culpabilidad. Mas, sistemáticamente ello daba lugar también a una contradicción, pues si la culpabilidad se interpretaba como un juicio normativo ello no concordaba con el contenido psicológico del dolo. Para evitar una disfuncionalidad en el sistema neoclásico se llegó a una solución de compromiso: conformar a la culpabilidad con elementos normativo-psicológicos. Como veremos más adelante, ello fue el punto medular en el análisis de la culpabilidad realizado por Graf zu Dohna, abriendo el camino hacia el finalismo.”<sup>48</sup>

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, fueron varios los tratadistas que ubicaban al dolo y la culpa en el tipo, destacando lo señalado por Wolf, al mencionar que el dolo y la culpa son formas psíquicas del acto de resolución pero que son relevantes para el concepto de acción, no para el de culpabilidad, o bien lo expuesto por Mayer en el sentido de que la acción es de naturaleza final y que ello da lugar a una diferencia estructural entre tipo en delitos dolosos y en los culposos, inclusive como se mostró en anteriores renglones de este trabajo, Mezger, señalaba que la resolución de la voluntad pertenece al tipo<sup>49</sup>. Asimismo, de lo antes transcrito, se desprende que la razón por la cual no se ha procedido a ubicar el dolo y la culpa en el tipo es porque los neoclásicos consideraban que los delitos cuyo tipo contenía

<sup>48</sup> Díaz Aranda, Enrique apoyándose en Mezger y Graf Zu Dohna. *Ob Cit.* Pp. 36-38

<sup>49</sup> Welzel Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*...p. 52

elementos subjetivos eran de carácter excepcional, lo cual ya se había mencionado anteriormente en este trabajo.

Díaz Aranda, nos menciona que aunque varios de los autores neoclásicos ubicaban al dolo y la culpa en la sede del tipo, el que vino a hacer toda la exposición filosófica-metodológica para el dolo tipo fue Hans Welzel<sup>50</sup> y es por ello que estamos de acuerdo con Díaz Aranda en su afirmación citada junto al título de este subtema, que se reproduce nuevamente “¡no todo aquel dogmático que analiza al dolo en el tipo es necesariamente finalista!”.

## **2.5. Críticas al Sistema Neocausalista.**

Enseguida se exponen las críticas que se hicieron a este sistema neocausalista, entre las que se encuentran críticas a la teoría de la adecuación, a los delitos de tentativa y a los de omisión.

### **2.5.1. Críticas a la teoría de la adecuación.**

Sobre este tema el tratadista Hans-Joachim Rudolphi nos dice:

“...De tal forma que primero se le debe objetar a esta teoría, por ejemplo, que ella no está en capacidad de negar una imputación de resultado en los casos ya mencionados de la disminución de riesgo, pues en estos casos no falta precisamente la adecuación de la condición. A esto se agrega que el recurso de la experiencia general de vida como medida no facilita los resultados claros, pues difícilmente puede negarse que precisamente la experiencia general de la vida es la que nos enseña que también hay cursos causales atípicos, como por ejemplo que los vehículos presenten deficiencias ocultas, o que los seres humanos pueden tener una constitución especial; cursos que también pueden ocasionar, ya en accidente o heridas leves, un desenlace mortal. Con esto queda claro que, con la constatación de que un suceso causante de un determinado resultado aún se permanece en el marco de la experiencia de la vida, es decir, que era más o menos probable, la pregunta decisiva sobre la justificación de la imputación del resultado no se ha formulado aún, y muchos menos se ha respondido. Esta pregunta no se refiere por cierto a la posibilidad de determinados juicios de experiencia y de probabilidad, sino que sólo trata de la pregunta normativa respecto a si el autor estaba obligado

---

<sup>50</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Ob cit.* P. 38

jurídicamente a poner en duda la posibilidad abierta(probabilidad) del suceso causante del resultado por medio de su conducta y de que para evitar esta posibilidad debía omitir o no en caso necesario su conducta. Pues las normas de conducta penales no se dirigen de ninguna manera contra todo peligro aun leve de los bienes jurídicos protegidos, sino sólo contra aquellos peligros que ya no están más dentro del marco del registro jurídico permitido. Por tanto, la teoría de la adecuación es por cierto útil en cuanto que, con su ayuda, se puede determinar la posibilidad y la probabilidad del suceso causante del resultado concreto; sin embargo, esta teoría sólo suministra únicamente los hechos que deben evaluarse y sólo determina las fronteras externas hasta las cuales puede llegar a producirse un juicio de antijuridicidad. **La teoría de la adecuación es deficiente, en cuanto mide la peligrosidad de una conducta sólo de acuerdo con la experiencia de la vida, y con ello no está en capacidad de distinguir entre peligros permitidos y no permitidos.** Esto es precisamente necesario en la decisión sobre la imputación objetiva de un resultado causado.”<sup>51</sup>

En efecto, tal y como se demuestra de lo anteriormente transcrito, aunque se considera útil dicha teoría de la adecuación, por delimitar los actos que son adecuados para ocasionar un resultado y se toma en cuenta la experiencia de vida para determinar si el sujeto activo sabía que con el hecho u omisión sabía que resultado podía ocasionarse, **sin embargo**, la **crítica** fundamental a dicha teoría, consiste en que mide la peligrosidad de la conducta únicamente de acuerdo a la experiencia de la vida, pasando por alto una distinción entre riesgos permitidos y no permitidos.

### 2.5.2. Críticas a la Tentativa en el Sistema Neocausalista.

Las críticas a los delitos de tentativa, continuaron aún en el sistema neoclásico, pues aunque se incorporaron al tipo elementos subjetivos y aún cuando Mezger señaló que en la tentativa la voluntad pertenecía al tipo de la acción, como ya se mencionó en renglones anteriores, en esta escuela se ubicaba al dolo y la culpa en la sede de culpabilidad, al igual que en el sistema causalista. El estudio de las críticas a la tentativa en el sistema neoclásico merece especial atención, dado que mediante el mismo, es como se demuestra de una suficientemente clara y sencilla las deficiencias del sistema neocausalista.

---

<sup>51</sup> Rudolphi, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, . 28-29



Dichas críticas obedecían a que para encuadrar una acción en el delito de tentativa, forzosamente se requiere que desde el tipo se examine el dolo. Lo anterior lo ilustra Díaz Aranda con el siguiente ejemplo:

“..., por ejemplo, si Antonio apunta con una pistola a otro y dispara sin causar lesión alguna, el simple análisis de la conducta externa de Antonio nos llevaría a sostener que esa conducta es impune, pues éste no ha provocado ninguna lesión a bien jurídico tutelado alguno. Por ello el simple análisis de los elementos objetivos es insuficiente para determinar si estamos ante una tentativa de homicidio o una de lesiones, para ello resulta imprescindible atender a la **intención** de Antonio para constatar si disparó porque quería matar a otro o si sólo lo quería lesionar o, incluso si sólo lo quería asustar, ello confiando en su destreza para evitar dar en el blanco. **Sólo atendiendo a la intención** se puede determinar si estamos ante una tentativa de homicidio, de una de lesiones o, incluso, de una conducta atípica...”<sup>52</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para el estudio de la intención se debe hacer desde el tipo, para encuadrar la acción en algún delito si lo hay o bien, para resolver si la conducta es atípica. Incluso, aunque no se tipifique la acción en el delito de tentativa de homicidio, se debe estudiar la intención.

Lo cual se hace todavía mas evidente al dar lectura al Código Penal para el Estado de Nuevo León, que define la tentativa de la siguiente manera:

**“Art. 31.- La tentativa es punible cuando se realizan actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación del delito, y éste no se llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien presentó el hecho.”**

Como se desprende al dar lectura al artículo transcrito, para que sea punible un hecho como tentativa, es necesario que el delito **no se consume por causas ajenas a la voluntad de quien presentó el hecho**, es decir, **que quien presentó el hecho tenía la voluntad de que se consumara el delito**.

Luego entonces, ¿Como vamos a determinar si estamos frente a una tentativa de homicidio si no es estudiando el dolo desde el tipo?

---

<sup>52</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Ob cit.* p. 39

Visto desde la perspectiva de la normatividad penal vigente en el estado de Nuevo León, como ya se estudió, el dolo y la culpa son formas de culpabilidad y de acuerdo a dicho ordenamiento legal en su numeral 26, la culpabilidad se debe determinar en juicio, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y se otorguen las garantías necesarias para su defensa, es decir, la culpabilidad se demuestra después al concluirse el dicho o bien, el dolo y la culpa se determinarían al concluirse el juicio.

En efecto, de lo anterior se conduce a las siguientes interrogantes, ¿Cómo se va a girar una orden de aprehensión contra una persona por el delito de tentativa de homicidio si no se estudia el dolo en el tipo? ¿Como se va a girar una orden de aprehensión por un delito de tentativa de homicidio cuando el dolo y la culpa se estudian hasta la sentencia en un juicio? La respuesta es, no se puede, pues forzosamente, para poder determinar si existe tentativa de homicidio, desde el tipo se debe determinar si hay dolo o no, aunque sea de una manera teórica, pero forzosamente se tiene que estudiar el dolo en el tipo en los delitos de tentativa.

Por el otro lado, si en el caso expuesto, se considerara que no se actualizara el delito de tentativa de homicidio, aún así desde que se analiza el tipo, se debe estudiar el dolo o la culpa, pues para considerar que no hubo tentativa de homicidio y que se encuadraba otro delito, entonces de todas maneras se debió hacer un estudio del dolo en el tipo, para determinar que el hecho no constituía delito de tentativa.

En el mismo sentido, Díaz Aranda continúa exponiendo:

“Llevando más allá la crítica, el análisis del tipo objetivo y, sólo en algunos supuestos, de los elementos subjetivos distintos del dolo, también creaba problemas sistemáticos, pues recordemos que para el análisis de un delito es imprescindible constatar cada uno de los elementos del delito, de tal suerte que el análisis de la antijuridicidad presupone que la conducta es típica, y a su vez, firmando la antijuridicidad de la conducta se puede pasar al análisis de la culpabilidad.”

“Bajo estas premisas, retomando el ejemplo de Antonio, quien disparó pasando la bala por encima del hombro del sujeto pasivo sin causar lesiones, si atendiéramos sólo a los datos objetivos, no podríamos subsumir dicha conducta en ninguno de los tipos previstos en el C.p.m. Por ejemplo, ni en el título decimonoveno, capítulo primero: delitos contra la vida y la integridad corporal, ni mucho

menos del capítulo segundo: homicidio y ello es así ¡Simple y sencillamente porque no hay resultado alguno!”<sup>53</sup>

Aunque se considera sí hay resultado<sup>54</sup>, dado que si se acredita el disparo del arma de fuego este sería el resultado y punible de acuerdo al artículo 175 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León<sup>55</sup>, estamos de acuerdo con dicho autor en el sentido de que no hay resultado que encuadre en alguno de los tipos que menciona dicho tratadista.

Resulta que hay un orden a seguir para determinar si una acción u omisión es delictuosa, llamada por el jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos “*prelación lógica*”, en la que se estudian los elementos del delito en cierto orden, lo cual expone el tratadista citado en los siguientes términos:

“Celestino PORTE PETIT precisa la existencia de *prioridad temporal* entre los elementos del delitos, en virtud de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Asimismo niega la *prioridad lógica*, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y, aunque ellos guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto, según su opinión que nosotros compartimos, es hablar de *prelación lógica*, ‘habida cuenta de que nadie puede negar que, **para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista**’...”<sup>56</sup>

Lo anterior implica que si vamos a estudiar un acto u omisión delictuosa debemos hacerlo de una forma ordenada y secuencial, es decir, primero se

<sup>53</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* P. 40

<sup>54</sup> Díaz Aranda, menciona que en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal se derogó el delito de disparo de arma de fuego desde hace tiempo y seguramente por ello no señala como resultado el disparo con arma de fuego, dado que el se apoya en dicho Código, para hacer el referido análisis. Ver la Obra Citada de Díaz Aranda, en la nota de pie de página número 51 y en la página número 15.

<sup>55</sup> Código Penal para el Estado de Nuevo León, con sus reformas publicadas en el Periódico Oficial del Estado el día 30 treinta de diciembre de 2004 dos mil cuatro.

<sup>56</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco citando a Celestino Porte Petit. *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Decimatercera Edición, Porrúa, México, 1997 p. 191

estudia el acto u omisión, después sigue el estudio para determinar si es típico, continuando con el estudio de la antijuricidad, enseguida, al haber estudiado esos tres elementos y si se actualizan se procede al estudio de la culpabilidad y si se presenta ésta, entonces en automático, aparece el elemento de punibilidad. Aunque Pavón Vasconcelos no parece apoyarse para lo anterior en Welzel, este último, en su ya citada obra clásica titulada “El Nuevo Sistema del Derecho Penal” expresa la importancia de estudiar los elementos del delito en una forma sistemática y ordenada, lo cual se desprende al dar lectura a dicha obra a la parte en que estudia la acción:

“...La acción tiene que *infringir*, por consiguiente, de un modo *determinado* el orden de la comunidad: tiene que ser “típica” y “antijurídica”; y ha de ser, además, *reprochable* al autor como persona responsable: tiene que ser “culpable”.”

“La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito. La culpabilidad –la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuricidad del hecho, del mismo modo que la antijuricidad tiene que estar, a su vez, concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad están vinculadas lógicamente, de tal modo, que cada elemento posterior del delito presupone el anterior...”<sup>57</sup>

Asimismo, en el mismo sentido se pronuncia el institucional tratadista al analizar la culpabilidad:

“A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal, **‘pertenecen’ todos los caracteres del delito previos a ella:** acción(conducta), tipicidad y antijuricidad; sólo una acción(o conducta), tipicidad y antijuricidad; sólo culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad(la reprochabilidad), no son *sólo* elementos de la culpabilidad. Por ello, **la voluntad de la acción** -aunque es *también* portadora del reproche de la culpabilidad- **es ya antes un elemento del tipo de los delitos dolosos** y con ello un presupuesto material de la antijuricidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido

---

<sup>57</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 69

realiza en forma **no dolosa un tipo**, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos....”<sup>58</sup>

Francisco Muñoz Conde, sostiene en el mismo sentido lo siguiente:

“Normalmente son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad las características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuridicidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforma a derecho. Un hecho típico, por ejemplo, A mata a B, puede no ser antijurídico, si existe una causa de justificación que lo permita, por ejemplo, A mata a B en legítima defensa. Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho, por ejemplo, si está sano mentalmente o conoce la antijuridicidad del hecho...”<sup>59</sup>

“Después de todo lo dicho hasta ahora, podemos definir el delito como la *acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*. Esta definición tiene *carácter secuencial*, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de la antijuridicidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá de plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible.”<sup>60</sup>

Así pues, se considera que es correcta el estudio de los delitos mediante una *prelación lógica*, en la que existe un orden sistemático en que para que concurra uno de sus elementos, es necesario que se haya presentado el anterior.

Es decir, no se estudia el delito al arbitrio de una persona, sino que hay una secuencia lógica para hacerlo, de manera que si se presenta un elemento se entra

---

<sup>58</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 129

<sup>59</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*, Segunda Edición, Temis, Colombia, 1999. p.4

<sup>60</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*, ...p.4

el estudio del siguiente y así subsecuentemente, por ejemplo, no se puede estudiar el tipo, sin primero analizar la acción u omisión o bien, tener por acreditada la culpabilidad, sin antes estudiar el acto u omisión, el tipo y la antijuridicidad.

Así pues, tomando como ejemplo el caso de Antonio que apunta con una pistola a la otra persona y acciona el arma con el fin de ocasionarle la muerte y que en la averiguación previa se acredita que el sí pretendía matar a otra persona, lo que implicaría que estaríamos ante una tentativa de homicidio. ¿Como se procede a determinar si es presuntamente responsable Antonio? Primero, estudiamos el acto que es el accionar del arma apuntada a otra persona y después lo que procede es estudiar en cual delito encuadra dicha acción con los elementos probatorios que ya mencionamos existían, entonces está acreditado que el pretendió matar a la otra persona y por tanto lo encuadramos al delito de tentativa de homicidio, pues si se demuestra que hubo un disparo de arma de fuego y se demuestra que la intención dolosa era matar al otro, entonces debe encuadrarse en el tipo de tentativa de homicidio, pues de no ser así y de nadamás proceder al delito por disparo de arma de fuego, se llegaría al extremo de que una vez que se estudien los demás elementos y se llegara a estudiar el dolo hasta la culpabilidad ocasionando esto que al determinarse que Antonio dolosamente quería privar de la vida a la otra persona entonces sería hasta ese momento donde se determinaría que hubo tentativa de homicidio y entonces debe volver a reclasificarse el delito a tentativa de homicidio.

No hay otra manera para determinar si un delito es tentativa sino mediante el estudio del dolo desde el tipo, pues el tipo sería en ese caso “tentativa de homicidio” aún y cuando se estudien los elementos materiales y se tomen éstos como el resultado, para determinar que si existe tentativa se debe estudiar forzosamente el dolo al analizar el tipo, es decir, al determinar a que tipo vamos a encuadrar la acción.

Asimismo, así como lo determina Díaz Aranda, en caso de no haber resultado acreditado, entonces de acuerdo a los sistemas clásico y neoclásico da lugar a la impunidad, pues al no estudiar el dolo en el tipo no se podría determinar la tentativa.

Ahora, bien, continuando con la directriz de Díaz Aranda, volvemos al mencionado caso de Antonio que le dispara a otro, pero ahora cambia en el sentido de que ahora causa lesiones;

“...Volviendo a nuestro ejemplo, si Antonio hubiese causado lesiones, objetivamente su conducta es subsumible en un tipo de lesiones, pero también podría ser en uno de homicidio en grado de

tentativa. Lo anterior supone el análisis de esos hechos objetivos hacia arriba, porque hemos tratado de determinar si estamos ante un supuesto de hecho más grave que las simples lesiones: tentativa de homicidio. Pero esos mismos hechos objetivos podrían ser vistos hacia abajo, pues esas mismas lesiones podrían haber sido causadas sin la intención de lesionar y, entonces, no estaríamos ante un supuesto de lesiones dolosas sino ante unas lesiones culposas que se sancionan con menos que las dolosas. **Sin atender al dolo ¿cómo podríamos determinar si ese resultado objetivo lo debemos subsumir en un tipo de lesiones o en uno de homicidio en grado de tentativa? O, incluso, ¿cómo saber si se trata de unas lesiones dolosas o de unas culposas?**

En este punto se vuelven a reflejar los problemas sistemáticos, pues, si ese resultado lo subsumiéramos en uno de los tipos de lesiones y dejáramos hasta la culpabilidad el análisis del dolo, resultando que la intención del sujeto era la de matar y no sólo la de lesionar, ello supondría volver a regresar hasta el tipo para reclasificar dicha conducta e imputarla no sólo a título de lesiones consumadas sino como tentativa de homicidio. Lo anterior crea disfunciones sistemáticas, pues superado el juicio de tipicidad se presupone que no se volverá al mismo y, tomando en cuenta que la tentativa es una fórmula de ampliación del tipo, estaríamos regresando al análisis del tipo habiendo llegado, incluso, hasta la culpabilidad.”

Lo expuesto anteriormente, robustece todavía más lo expuesto en líneas anteriores relacionado con la *prelación lógica* de los elementos del delito, pues se expone la importancia de hacer un estudio ordenado, sistemático y lógico de los elementos del delito. De la misma manera, se desprende la importancia de estudiar no únicamente el dolo, sino también la culpa en el tipo, pues de otra manera puede suceder como se menciona el caso cuando se ocasionaron lesiones por el arma de fuego y se encuadra la acción en el delito de lesiones y en el de disparo de arma de fuego, sin embargo al continuar con el estudio del hecho de acuerdo a la sistemática lógica, entonces se estudiaría hasta la culpabilidad el dolo y la culpa, lo cual implica que si la intención de Antonio era la de privar de la vida a la otra persona, entonces como ya se dijo anteriormente, sería hasta la sede de culpabilidad donde nos daríamos cuenta que el delito aparte de ser lesiones y disparo de arma de fuego, encuadraría en el delito de lesiones, pero entonces sería un error de sistematización, pues se tendría que volver al tipo para reclasificar la acción y entonces sí encuadrarla como tentativa de homicidio.

Así las cosas, en el delito de tentativa se hace por demás evidente la deficiencia de los sistemas tanto causalista como neocausalistas y que los tratadistas que pertenecían a esta última escuela, no pudieron resolver dicha problemática.

Complementando lo anterior, el tratadista alemán Alexander Graf zu Dohna, también procedió a hacer una crítica a la ubicación del dolo y la culpa en la sede de culpabilidad, lo cual se hace evidente dando lectura a Hans Welzel, que haciendo el análisis de lo expuesto por el primer tratadista mencionado nos dice:

“DOHNA(Aufbau, 32) fue el que dio el paso decisivo hacia ‘la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una *valoración*’; separó tajantemente la *valoración*(reprochabilidad) y su *objeto*(dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto..”<sup>61</sup>

En efecto, Dohna reduce el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto, es decir, a la reprochabilidad la ubicaba en la culpabilidad y el dolo antes, según se desprende, en la antijuridicidad.

Analizando en los mismos términos a Graf zu Dohna, Díaz Aranda, nos dice:

“En efecto, de acuerdo con Graf zu Dohna la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos como el dolo, pues dichos elementos se pueden dar o no dar y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables. En ello consiste la diferencia entre el ‘objeto de la valoración’ y la ‘valoración del objeto’...”<sup>62</sup>

Así, pues tenemos una crítica prevista desde otro punto de vista sobre la ubicación, del dolo y la culpa en la culpabilidad, pues dichos elementos deben estudiarse en un momento anterior a la culpabilidad, pues los mismos pueden presentarse o no y en la culpabilidad solo debe determinarse si esos nexos son o no reprochables.

---

<sup>61</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* Pp. 130-131

<sup>62</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit* p. 42



### 2.5.3. Críticas a la omisión en el sistema neocausalista.

Las críticas a los delitos de omisión en el sistema neocausalista, continuaron al igual que en el clásico, pues aún así, se continuaba considerado al delito como una acción que a través de un nexo causal ocasiona un resultado, lo cual se desprende al dar lectura a Díaz Aranda, que nos dice:

“c) NUEVAMENTE LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN. Como hemos visto, tanto el sistema clásico como el neoclásico del delito se apoyaron en el concepto causal de acción; en el primero a través de la fórmula de la equivalencia de las condiciones, en el segundo con la teoría de la causalidad adecuada. Sin embargo, el concepto causal de acción con todo y sus correctivos seguía fracasando frente a los supuestos de omisión, en los cuales, de acuerdo con Grad zu Dohna, no existe nexo causal alguno entre el sujeto que omite el resultado acaecido, pues desde el punto de vista puramente natural la inactividad del omitente no interviene en forma alguna en el proceso causal que deriva en el resultado típico. En conclusión, quedaba asentado que la causalidad en la omisión es inexistente y, en consecuencia, la atribución del resultado al omitente quedaba sin asidero.”<sup>63</sup>

En efecto, aunque con la teoría de la condición adecuada se resolvieron algunos problemas que presentaba la teoría de la equivalencia de las condiciones, aún así se tenía una percepción causalista del delito y por ende desde el punto de vista puramente natural la inactividad del omitente no intervenía en forma alguna en el proceso causal que deriva en el resultado típico.

## 3. El finalismo.

### 3.1. La acción final.

“La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción, es por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’.”<sup>64</sup>

Así dicen los iniciales renglones del primer capítulo de la obra titulada “El Nuevo Sistema Del Derecho Penal” escrita por Hans Welzel, quien es reconocido

---

<sup>63</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit* p. 41

<sup>64</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 41

como el creador del sistema finalista, que en 1930 expuso sus bases en su obra “Derecho Penal Alemán”.<sup>65</sup>

Como se desprende, Welzel, va desde un principio al punto, describiendo a la acción humana como el ejercicio de la actividad final e incluso, en su segunda oración, contradice a la teoría causalista, al señalar que la acción es un acontecer ‘final’ y no únicamente ‘causal’. En los renglones siguientes de dicha obra continúa exponiendo:

“...La **‘finalidad’**, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede **prever**, dentro de ciertos límites, **las consecuencias posibles de su conducta, asignarse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines**. Gracias a su **saber causal** previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente.”

“**Actividad final** es una actividad dirigida conscientemente en **función del fin**, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. **La finalidad es, por ello-dicho en forma gráfica-‘vidente’, la causalidad, ‘ciega’...**”<sup>66</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el carácter final de la acción consiste en que el resultado en cierta manera se puede “prever”, siendo este concepto de fundamental importancia para Welzel, quien incluso llega a llamar a la finalidad “vidente”, en contraparte a la causalidad, a la cual se refiere como “ciega”, lo cual es de gran importancia al comparar a los dos sistemas, pues por ser “ciega” la causalidad, no se estudian en la acción ni en el tipo elementos subjetivos, mientras que por otra parte, al ser la finalidad “vidente” se estudian los aspectos volitivos

---

<sup>65</sup> Romero Tequextle, Gregorio. *Cuerpo del Delito ó Elementos del Tipo*, Segunda Edición, OGS Editores, México, 1999, p. 11. Otros de los autores consultados que mencionan a Welzel como el padre de la teoría de la acción finalista, son Octavio Alberto Orellana Wiarco quien dice: “Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada ‘teoría de la acción finalista’ que plantea una sistematización de la dogmática llamada ‘causalista’...” ver. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista*, Decimotercera Edición, Porrúa, México, 2003., P. 81 y también Francisco Muñoz Conde expone: “...3. *La teoría final de la acción*.- Esta aspiración ideológica de los neokantianos no pudo realizarse completamente, pero sus observaciones críticas abrieron la puerta a una nueva y mas importante transformación sistémica: la teoría final de la acción. El origen de esta teoría se encuentra, como afirma su propio creador, Welzel, en la psicología del pensamiento de Hönigswald...” ver: Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, p.262

<sup>66</sup> Welze, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 41

desde la acción o mas bien, desde el tipo como se demostrará en los siguientes renglones.

En el mismo sentido, salta a la vista, la importancia que da al aspecto volitivo de la acción, pues señala que el hombre gracias a sus conocimientos, puede dirigir su actividad, conforma a un plan a conseguir ciertos fines, mientras que la acción causal es resultante de una “constelación” de causas existente en cada momento.

Welzel continúa ilustrándonos con su teoría al exponer:

“...Para aclarar esto me remito a la diferencia existente entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por otro; en el asesinato todos los actos están dirigidos en función del fin prefijado: la compra del arma, el acechar, apuntar, apretar el gatillo, mientras que el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales existentes.”

“Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, **la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal**. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente: sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura *objetivamente* el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción...”<sup>67</sup>

Como se desprende la diferencia en estudiar un homicidio y una muerte ocasionada por un rayo mortal, consiste en que al analizarse ésta, se toman en cuenta cuestiones naturales, sin tomar en cuenta elementos subjetivos, pues siendo el rayo que cayó al individuo fue un fenómeno natural que se explica a través de estudios científico naturales, mientras que por otra parte, en el homicidio, se explica tomando en cuenta elementos subjetivos, internos del sujeto activo, como lo son la voluntad de que se ocasionara el resultado final que previó dentro de los límites de su capacidad, pues en el ejemplo que se da, el homicida para efectuar el resultado, compró el arma, acechó, apuntó y apretó el gatillo y así ocasionó la muerte del sujeto pasivo.

---

<sup>67</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* Pp. 41-42

Pero lo que se considera más importante, de lo expuesto por Welzel, es lo afirmado por él en el sentido de que **“la espina dorsal de la acción final es la voluntad”**, es decir, es aquí donde se le otorga a la voluntad el aspecto básico de la acción final.

Sin embargo, **no es cualquier voluntad** la que el citado ilustre tratadista refiere, **sino sólo aquella que está dirigida a la realización del fin**, lo cual se desprende al dar lectura a la obra en cita donde expresamente aclara cualquier posible confusión entre dicho término y “voluntariedad”:

“...La **finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera ‘voluntariedad’**. La ‘voluntariedad’ significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, **siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor...**”

“Si se quiere comprender, sin embargo, la acción más allá de su característica(abstrakta) de la mera voluntariedad, es decir en su forma esencial, concreta, determinada en su *contenido*, **sólo es posible lograrlo mediante la referencia a un determinado resultado querido...** A la **finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas**; sin ella queda sólo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un ***contenido determinado***...”<sup>68</sup>

Como se desprende, el ilustre tratadista, precisa que la voluntad que interesa para la teoría del delito, es la que está dirigida a determinado fin querido.

De lo visto hasta aquí respecto de la acción final, se desprende que la teoría del ilustre tratadista ubica en la acción, los elementos subjetivos, como lo son la previsión de un resultado, mismo que se pretenda sea cumplido por la voluntad del sujeto activo. Tomando en cuenta, el concepto voluntad utilizado por Welzel, es respetable concluir que según lo explicado por él, con dicho concepto se refiere a intención, lo cual incluso se robustece si tomamos en cuenta las definiciones que da la Real Academia Española, sobre dichos conceptos:

**“Voluntad.** Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa...4. Libre albedrío o libre impulso determinación... **6. Intención, ánimo o resolución de hacer una cosa...**”<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 45

<sup>69</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, Vigésima Primera Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992 p. 2105

En efecto, en el diccionario de la reconocida Real Academia Española, entre sus definiciones de voluntad nos expone que por este término se debe entender intención, ánimo o resolución de hacer una cosa, que es precisamente lo que Welzel nos da a entender en los apuntes arriba expuestos. Por su parte la excepcional Academia, sobre intención nos dice:

**“Intención. Determinación de la voluntad en orden a un fin...”**<sup>70</sup>

En efecto, se desprende que dicha definición, es igual a lo que nos expone Welzel sobre la voluntad final, pues la Real Academia nos dice que es la determinación de **voluntad en orden a un fin**. Lo único que faltó a lo expuesto hasta aquí de la obra de Welzel, fue que llamara expresamente a la referida voluntad por “intención”. Vistas las anteriores definiciones podemos citar a Enrico Altavilla, quien expone:

**“10. LA VOLUNTAD.** Ante todo, una explicación jurídico-sicológica. PIERON, sostiene que únicamente el movimiento **intencional** puede ser considerado como **voluntario**. Y afirma una cosa exacta, pues no puede haber movimiento voluntario que no dirija la acción hacia la consecuencia de un fin...”<sup>71</sup>

Por lo que respecta al dolo el mismo autor nos da el siguiente concepto:

**“3. DOLO.** La *voluntad*, convertida en *intención*, solo puede dirigirse a ocasionar un resultado en cuanto se lo representa...”

“Ya han terminado todas estas discusiones, porque nuestro Código requiere para la noción del dolo la *intención*, es decir, la *voluntad dirigida a ocasionar un resultado*, fórmula a la cual corresponde la de *obrar con la precisión de un resultado cierto*...”<sup>72</sup>

Lo cual implica que en el derecho penal italiano la voluntad dirigida a ocasionar un resultado requisito fundamental para el dolo y aquella es equiparada a la intención, esto cobra relevancia si tomamos en cuenta que en el derecho penal de México, dolo e intención han sido considerados como lo mismo, lo cual se evidencia a dar lectura a Díaz Aranda, quien sobre el tema dice:

<sup>70</sup> Real Academia Española. *Opus cit...* p. 1177

<sup>71</sup> Altavilla, Enrico apoyado por PIERON. *La Culpa*, Cuarta Edición, Temis, Colombia, 1999 p. 256

<sup>72</sup> Altavilla, Enrico. *La Culpa...* pp. 75-76

“De acuerdo con la legislación examinada, el **dolo aparece en nuestros ordenamientos juridicopenales como intencionalidad**, la cual en principio se presumía y generaba la inversión del principio de la carga de la prueba...”<sup>73</sup>

En efecto, en México, el dolo e intencionalidad son vistos como sinónimos.

De lo investigado se encontró que por Patricia Laurenzo Copello, expone una interpretación similar a la que se pretende dar en este trabajo sobre el concepto de voluntad final de la acción que desarrolla Welzel, al señalar:

*“3.2.2 Dolo y finalidad: la estrecha dependencia entre voluntad de realización y previsión”*

“Al volver la vista al *concepto de dolo* desarrollado por Welzel. Se constata que utiliza exactamente los mismos criterios arriba reseñados: **un comportamiento será doloso si el sujeto comprendió el resultado típico en su voluntad de realización**, es decir, si lo previó y, al menos contó con su producción...”<sup>74</sup>

De igual forma, en páginas posteriores de la obra citada, la ilustre jurista dice:

“De este manera nos encontramos con una inversión del sentido del razonamiento, de modo tal que el primer paso lo constituye la determinación del contenido del dolo –de sus elementos-extraído de la estructura de la acción finalista. Dado que ésta se caracteriza por **la capacidad de la voluntad para dirigir finalmente un suceso** y teniendo en cuenta que esa capacidad depende de la anticipación mental de los efectos de la acción, los componentes psicológicos del dolo se concretan en el conocimiento y **voluntad** de los elementos que definen el acontecer externo que la norma se propone evitar, es decir, de los elementos objetivos del tipo. De este criterio inicial se deduce, a su vez, el campo del delito doloso: éste abarcará todos aquellos efectos que estén **contenidos en la voluntad de realización**...”<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Díaz Aranda Enrique. *Dolo...* p. 185

<sup>74</sup> Laurenzo Copello, Patricia. *Dolo y Conocimiento*, Primera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 p. 82-83

<sup>75</sup> Laurenzo Copello, Patricia. *Dolo y conocimiento...*p. 100

Por lo anteriormente expuesto, es que concluimos que la voluntad final que refiere Welzel en lo anteriormente citado, se refiere al dolo.

Sin embargo, en la teoría finalista de la acción tuvo duras críticas en los casos de delitos culposos, pues se consideraba que la formula finalista no podía resolver los casos de dicho tipo de delitos en virtud de que en éstos el sujeto no tiene la intención de que se ocasione el resultado típico, incluso al consultar la obra referida de Díaz Aranda, en una cita que hace de José Arturo Rodríguez Muñoz, se desprende que éste llama a la teoría finalista “teoría del dolo”<sup>1</sup>, sin embargo, sobre las críticas y la respuesta a las críticas al sistema finalista, se tratará en mas adelante, en líneas dedicadas al tema.

De lo expuesto hasta aquí sobre el sistema finalista, surge la siguiente interrogante ¿Si Welzel ubica la voluntad final dentro del estudio de la acción u omisión, entonces porque en el finalismo se estudia al dolo y la culpa en el tipo?

La respuesta se encuentra en el concepto que da Welzel del tipo, que enseguida se transcribe:

“...El *tipo* es una figura *conceptual*, que **describe formas posibles de conducta humana**.”

“1. ***Tipo*** es la descripción concreta de la **conducta** prohibida(del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual...”<sup>76</sup>

De lo arriba transcrito, se puede afirmar que desde la acción u omisión se estudia la voluntad final, sin embargo aún así, en el finalismo, se ubica el estudio del aspecto interno de la conducta como lo son la voluntad dolosa o culposa y la preterintención, dado que así se demostró de lo transcrito, es ahí donde se estudia la conducta.

En las siguientes líneas se estudia la ubicación del dolo y la culpa en el tipo y las razones por que se ubican en dicho elemento del delito.

### **3.2. Reubicación de Dolo y Culpa en el Finalismo.**

Como se mencionó anteriormente, para los causalistas, el dolo y la culpa eran formas de la culpabilidad y los neocausalistas procedieron a tomar a éstos

---

<sup>76</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 75

como elementos de la culpabilidad, esto cambió en la teoría finalista, lo cual se desprende al dar lectura a Welzel al tratar el tema:

“3. Culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho...”<sup>77</sup>

“Con arreglo a este criterio, la **voluntad de la acción** *tiene*(o es portadora de) una **culpabilidad** mayor o menor, es más o menos *culpable*; **pero ella misma no es la culpabilidad**. La culpabilidad es una cualidad *valorativa* negativa de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma. **Por ello es falsa la antigua doctrina**, que repercute aún hoy muchas veces de que la culpabilidad sea un determinado estado anímico(por ejemplo, el estado anímico descrito en el tipo subjetivo) . Un estado anímico puede ser portador de una culpabilidad mayor o menor, pero **no puede ser una culpabilidad** (mayor o menor).”

“La identificación de un estado anímico con la culpabilidad obedece a la **inexactitud del uso del lenguaje que designa muchas veces todo con una simple parte**(*pars pro toto*). Culpabilidad, en este sentido amplio, es la voluntad de la acción, antijurídica y culpable, o(en el sentido más amplio) la *acción*(típica, antijurídica) culpable(en este sentido se habla, por ejemplo, en el art. 263 de la Ley procesal penal(St. P.O.) del ‘problema de la culpabilidad’)...”<sup>78</sup>

De lo anterior se desprende que Welzel comienza a distanciar su teoría de la causalista, pues hace un cambio a la concepción que tenían tanto los causalistas como los neocausalistas de la culpabilidad, al señalar que la voluntad, ya sea culposa o dolosa, no es la culpabilidad, e incluso menciona que es falsa la doctrina causalista, consistente en que la culpabilidad sea un determinado estado anímico, es decir que era culpabilidad culposa o culpabilidad dolosa como lo exponían los causalistas, señalándonos que un estado anímico puede ser portador de una culpabilidad mayor o menor pero no una culpabilidad.

También nos dice que la confusión de igualar el estado anímico a la culpabilidad, como lo hacían los causalistas al hablar de culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa, obedece a la **inexactitud** del uso del lenguaje que designaba muchas veces todo con una simple parte, es decir que por igualar los elementos del

<sup>77</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p.127

<sup>78</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* pp. 127-128



delito con la culpabilidad misma, lo cual expone en forma mas clara en renglones posteriores de su obra consultada al señalar:

“De lo dicho se deduce que ‘pertenece’ a la culpabilidad, no sólo la voluntad de la acción, en general, **sino también el dolo**, en particular(como una especie de voluntad de acción). La polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista, no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece *también* a la culpabilidad(como su posible portador), sino **sólo sobre si pertenece únicamente a la culpabilidad.**”

“A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal, **‘pertenecen’ todos los caracteres del delito previos a ella:** acción(conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo una acción(o conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad(la reprochabilidad), no son *sólo* elementos de la culpabilidad. Por ello, **la voluntad de la acción** -aunque es *también* portadora del reproche de la culpabilidad- **es ya antes un elemento del tipo de los delitos dolosos** y con ello un presupuesto material de la antijuridicidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido realiza en forma **no dolosa un tipo**, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos.”

“En la **culpabilidad** se examina **hasta qué punto puede serle reprochada personalmente al autor de esta voluntad de la acción.** Este es el problema nuevo y específico de la culpabilidad dentro del concepto del delito...”<sup>79</sup>

En efecto, contrario a lo que pudiera pensarse, la diferencia entre los causalistas y los finalistas, no consiste en la diferencia del elemento donde ubiquen el dolo, sino mas bien, la diferencia de criterio consiste en determinar si el dolo debe ubicarse **únicamente** en la culpabilidad. A lo que el mismo Welzel, menciona que no, que el dolo pertenece tanto al tipo como a la culpabilidad, pero pertenece a esta última por pertenecer a la culpabilidad todos los elementos anteriores a ella, lo anterior atendiendo a la prelación lógica de la cual se refirió anteriormente en este trabajo, pues para que exista culpabilidad, antes debe haber una conducta, típica y antijurídica(esto es así porque tal y como se desprende de lo transcrito, Welzel señala que el dolo es un elemento, primero del tipo, es decir, que se presenta antes de llegar

<sup>79</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 129

a la culpabilidad). Por lo tanto, si bien el dolo pertenece al tipo al ser la presencia de éste necesaria para la existencia de la culpabilidad, entonces también se ubica en la culpabilidad, pero como se mencionó, solo porque es elemento del tipo y éste se requiere junto con la acción y con la antijuridicidad para que se presente la culpabilidad.

Sobre el mismo tema, Welzel continúa exponiendo:

“Las doctrinas del tipo y de lo injusto dan cabida, pues cada vez más, a elementos anímicos, que habían sido atribuidos, en un principio, erróneamente al concepto de culpabilidad: primero los elementos subjetivos de lo injusto y luego la voluntad de la acción.”

“El concepto de la culpabilidad, como tal, no comprende, en cambio, los elementos subjetivos-anímicos y conserva sólo el crimen normativo de la *reprochabilidad*, con arreglo al cual se examina si la voluntad de la acción es *culpable*. En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de la acción; con lo cual estamos en condiciones de poder llegar a la solución correcta de los problemas de la acción, de la tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de culpabilidad, del error sobre el tipo y el error de prohibición, de la participación, etcétera. ...”<sup>80</sup>

Aquí de nueva cuenta, se marca la incorporación a los elementos anímicos, como lo son el dolo y la culpa al tipo, e incluso el maestro Welzel, vuelve a señalar lo erróneo de la ubicación de dichos elementos en la culpabilidad, destacando que en el sistema finalista, queda con el elemento de reprochabilidad, dentro del cual si se examina si la voluntad de la acción es culpable, considerando que el cambio de ubicación de los elementos conduce a tener a cada uno de ellos en un lugar mas apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de la acción, la cual dice el tratadista consultado, resuelve los problemas de la acción, tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de culpabilidad, del error sobre el tipo y el error de prohibición, de participación y demás.

El mismo Welzel, menciona sobre las objeciones que le hicieron los causalistas a la teoría finalista de la acción, en el sentido de que al ubicar al dolo y la culpa en el tipo se deja vacía la culpabilidad y contesta a dichas críticas de la siguiente manera:

---

<sup>80</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 132

“Las objeciones tradicionales a la doctrina de la acción finalista por ‘la subjetivización de lo injusto’, son , por ello, completamente infundadas. Con la inclusión del dolo en el tipo no se le quita a éste ningún elemento *objetivo*, ni queda, por tanto, subjetivado en lo más mínimo; por otra parte el objeto del reproche de la culpabilidad no queda reducido, en absoluto, puesto que la actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento constitutivo de la reprochabilidad(ver el cap. VIII, a, & I); con ello se destaca, sin embargo, claramente todo el contenido objetivo y subjetivo de la acción típica, así como la esencia y los elementos constitutivos de la culpabilidad.”<sup>81</sup>

Así pues, la culpabilidad en el sistema final de la acción no queda vacía, pues además de contener la reprochabilidad y la misma actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento de la culpabilidad, pero antes de ser elemento de ésta es del tipo, como ya se observó en anteriores transcripciones de Welzel de este trabajo, donde el mismo Welzel reconoce que todos los elementos del delito son también de la culpabilidad, pues la culpabilidad no se puede dar sin alguno de ellos, por lo tanto el dolo y culpa son elementos primero del tipo, donde se examina, después como parte del tipo pasan a ser elementos de la culpabilidad, por ser el tipo elemento de ésta.

### 3.3. La parte interna y externa de la acción final.

Welzel, señala que la acción final se realiza en dos fases, que son las siguientes:

“...1. La dirección final de una acción, se realiza en dos fases, que en las acciones simples se entrecruzan: “

“a) la primera transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Empieza con: *...la anticipación del(el proponerse el) fin* que el autor quiere realizar. A ello sigue –a partir del fin-*...la selección de los medios necesarios para su realización*. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal(medios de acción). Este proceso mental se llama “de retroceso” porque el fin ya está determinado y desde él se lleva a

---

<sup>81</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema...* p. 132

cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción.”

“Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. El fin representa sólo un *sector* de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, el autor, en la selección de los medios ... tiene que *considerar* también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución de un fin. *Este* proceso mental no se realiza ya *hacia atrás*, sino *hacia adelante*, desde el factor causal elegido como medio hacia los efectos que tiene o puede tener. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios elegidos hasta el momento, a elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos, o a dirigir la acción de modo que pueda *evitarlos*.”

“La **voluntad de la acción, dirigida a la realización del fin**, se dirige aquí también, al mismo tiempo, a *evitar* los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de estos efectos puede dar lugar a que el autor incluya en su voluntad la realización de ellos, bien porque considere *segura* su producción en caso de utilizar estos medios, o bien porque cuente al menos con ella. En ambos casos la voluntad final de realización comprende también los efectos concomitantes...”

“b) De acuerdo con la **anticipación mental del fin**, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes, el autor *lleva a cabo* su acción en el **mundo real**. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos(**factores causales**), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar...”

“La segunda fase de la dirección final se desarrolla en el **mundo real. Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y de los medios de esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real-por ejemplo, el resultado no se produce por cualquier causa- la acción final correspondiente queda sólo *intentada*...**”<sup>82</sup>

De lo anterior vemos que la acción final se desarrolla en dos fases, en la primera se desarrolla en el interior del sujeto activo, es decir en su pensamiento, en ella se propone el fin y después selecciona los medios para lograr su acción final, ahí

<sup>82</sup> Welzel, Hans. El Nuevo Sistema.... pp. 43-44.

se ubican los elementos subjetivos, es decir, la intención, la voluntad, el ánimo, en consecuencia es ahí donde se ubica el dolo y la culpa. La segunda fase, es una fase externa, donde las consecuencias de la primera fase se materializan y se presentan en el mundo real. Pero también aclara el maestro Welzel, que en caso de que no se logren los resultados materiales o externos de la acción final, ésta queda sólo en intentada.

En la primera fase se encuentran los elementos subjetivos del tipo y en la segunda los elementos objetivos.

Después de aceptarse las referidas dos fases de la acción final, se aceptó que el tipo tenía no únicamente descripciones objetivas, sino también elementos subjetivos, fue que se hizo la separación didáctica entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, tal y como lo expone Barbosa Castillo, quien dice:

“Al aceptarse que el tipo penal no solo se integra por descripciones objetivas, sino que también contiene elementos subjetivos, se justificó la separación **didáctica** del tipo subjetivo del tipo objetivo y el tipo subjetivo...”<sup>83</sup>

Francisco Muñoz Conde, también da una explicación sobre lo que es el tipo objetivo y el subjetivo, y explica la diferencia entre ambos al señalar:

“El tipo de injusto no está compuesto solo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad(fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva(el llamado *tipo objetivo*) como subjetiva(el llamado *tipo subjetivo*). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica(el autor, la acción, las formas y medios de la acción, el resultado, el objeto material, etc.). En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción(fin, efectos concomitantes y selección de medios).”

---

<sup>83</sup> Barbosa Castillo, Gerardo. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 211

“Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir pero no observar. También admite gradaciones. Entre aquellos supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista juridicopenal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente. La distinción tiene gran importancia, porque cada uno ofrece particularidades dogmáticas propias y por su distinta trascendencia social y jurídica.”<sup>84</sup>

El tipo objetivo se estudio al abordar el sistema neocausalista, y básicamente quedo igual en el sistema finalista, en éste la novedad fue la incorporación de elementos subjetivos al tipo y en consecuencia el tipo subjetivo. Enseguida se estudian ambas vertientes del tipo, en las cuales se pretende abordar los temas que menciona Muñoz Conde sobre la dificultades de probar la parte subjetiva del tipo y sobre las gradaciones del dolo.

### **3.3.1. Tipo Objetivo:**

“El tipo objetivo es la parte externa del delito...”<sup>85</sup>

Así lo establece la doctrina española, de lo que se puede inferir que es la segunda fase de la que hablaba Welzel cuando dividió la acción penal en sus dos fases, la interna y la externa, el tipo objetivo se encuentra en esta última. En la obra consultada de la doctrina española se continúa dando el siguiente concepto del tipo objetivo:

“En él se describe la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y las cualidades de los sujetos. Con el tipo objetivo se cumplen algunas de las exigencias necesarias que determinan la aparición de una acción típica, pero no

---

<sup>84</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...* p. 41

<sup>85</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Otros. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 161

las suficientes. Para cumplir con las condiciones mínimas del injusto se requiere además de la presencia de otro grupo de circunstancias internas que conforman el tipo subjetivo. El tipo objetivo es el objeto en el que se proyecta el tipo subjetivo, o bien es la representación externa y anticipada del dolo e imprudencia. No debemos olvidar, que los tipos penales contenidos en la parte especial describen circunstancias externas (objetivas) referidas a otras internas(subjetivas). Por ejemplo, en el artículo 138 la *acción típica* castigada no consiste en ‘matar a otro’ sino en ‘matar a otro dolosamente’ ....”<sup>86</sup>

En efecto, el tipo objetivo es la parte externa del tipo la parte material, es donde se proyecta el tipo subjetivo.

El tipo objetivo, no cambió en relación a como estaba en el sistema causalista, dado que la mayor aportación del causalismo se dio en los elementos subjetivos que se incorporaron al tipo, como lo son el dolo, la culpa y la preterintención, sirviendo de sustento a lo anterior lo afirmado por Díaz Aranda, en su obra consultada titulada “Dolo” donde dice:

“Como se puede deducir, el sistema final de acción no varió intrínsecamente el tipo objetivo y ello es así porque su aporte máximo radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo, en el cual centró su atención.”<sup>87</sup>

### **3.3.2. Tipo Subjetivo.**

Como ya se mencionó anteriormente, el mayor cambio sistemático entre causalismo y el finalismo, fue el cambio de ubicación del dolo y la culpa, que pasaron a formar parte del tipo cuando en el primero de las teorías mencionadas, formaba parte de la culpabilidad como ya quedó señalado.

De lo investigado, se encontró que los elementos del tipo subjetivo son el dolo, la culpa, preterintención y además en la doctrina consultada, se encontró referencia sobre otros elementos subjetivos del tipo diferentes a los mencionados.

#### **3.3.2.1. El Dolo**

---

<sup>86</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Otros, *Lecciones de Derecho Penal*.... p. 161

<sup>87</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo*...p. 50

Sandra Jeannette Castro Ospina, después de un estudio sobre los diferentes conceptos del dolo, resuelve definirlo de la siguiente manera:

“A manera de síntesis y de acuerdo con lo expuesto puede decirse que dolo *es conocer con la propia conducta, activa u omisiva, es probable que se incurra en hechos constitutivos de una infracción penal, y con todo y ello querer o aceptar la realización de la conducta....*”<sup>88</sup>

Posteriormente, la jurista consultada, nos desglosa los elementos del dolo, señalando que hay uno cognoscitivo y otro volitivo. Sobre el primero de ellos nos menciona:

“El *elemento cognoscitivo* implica el conocimiento por parte del sujeto de que con su conducta activa u omisiva probablemente incurrirá en hechos que constituyen una infracción penal...”<sup>89</sup>

Por lo que respecta al segundo de los elementos, la jurista citada menciona:

“El *elemento volitivo*, cuya existencia a sido discutida por una parte de la doctrina, como ya se vio, consiste básicamente en que el sujeto “quiera”, “acepte” o se “decida” a realizar la conducta, de acción o de omisión, que con probabilidad traiga como consecuencia el acaecimiento de unos hechos constitutivos de infracción penal...”<sup>90</sup>

Es decir de lo anterior, se deduce que en el elemento cognitivo-intelectual, se conoce que la realización conducta activa u omisiva probablemente se incurrirá en hechos constitutivos de una infracción penal y en el segundo de los elementos mencionados, el sujeto quiere que se realice la conducta.

### 3.3.2.1.1. Clases de Dolo.

De lo investigado, se desprende que hay tres clases de dolo que son; directo, indirecto y eventual.

El primero de los mencionados consiste en:

---

<sup>88</sup> Castro, Sandra. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, p. 231

<sup>89</sup> Castro, Sandra. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*,... p.231

<sup>90</sup> Castro, Sandra Jeannette. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*,... p. 232.



**“a. INTENCIÓN O DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO”**

“Se caracteriza porque la realización de los hechos constitutivos de infracción penal es la meta de la conducta. El sujeto persigue directamente la acción u omisión típica(en los delitos de peligro), el resultado previsto en el tipo, o ambas cosas. Prevalece el elemento volitivo sobre el cognoscitivo, pues para que se estructure es indiferente que el sujeto se haya representado o no el resultado típico; basta con que lo haya querido y haya ordenado su comportamiento de una forma tal que le permitiera obtenerlo.”<sup>91</sup>

El dolo indirecto por su parte consiste en:

**“b. DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO, INDIRECTO O DE CONSECUENCIAS NECESARIAS”**

“En este evento el sujeto está seguro o casi seguro que su conducta activa u omisiva traerá consigo unas consecuencias que están previstas como infracción penal, porque se presentan como inevitables; incluso le pueden parecer desagradables o puede no desearlas, pero esta disposición anímica no es relevante, porque predomina el aspecto intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo. ....”<sup>92</sup>

Las características del dolo eventual aparecen enseguida:

**“c. DOLO EVENTUAL O CONDICIONADO.”**

“El sujeto se representa como probable que con su conducta activa u omisiva se produzcan los hechos constitutivos de una infracción penal y, no obstante ello, no evita su acaecimiento. Para establecer si el autor se representó tal probabilidad debe analizarse tanto la creación o incremento del riesgo a que dio lugar la conducta como los conocimientos que tenía el autor *ex ante*.”<sup>93</sup>

Díaz Aranda, cita a Roxin para dar una explicación sobre las tres clases de dolo mencionadas, y señala:

---

<sup>91</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette. *Lecciones de Derecho Penal*,... P.232-233

<sup>92</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*,...p. 232

<sup>93</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, ...p. 234

“De acuerdo con Roxin el dolo directo de primer grado se puede asimilar con la intención, y “bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo(de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad”<sup>94</sup>

De los conceptos citados sobre las distintas clases de dolo, primero del artículo especializado sobre el tipo subjetivo escrito por Castro Ospina y después de la obra citada de Díaz Aranda, se desprende que la característica principal del dolo directo es la intención, pues el sujeto activo persigue mediante la acción u omisión el resultado típico. El dolo indirecto, se diferencia del indirecto en segundo grado en que el sujeto aunque no busca la realización del tipo, sabe que es seguro o caso seguro que su proceder dará lugar a la comisión de delito, es decir aunque no persigue la comisión del delito, se presenta como consecuencia necesaria de otra actuación.

Como ejemplo del dolo indirecto, es el llamado caso “Thomas”, que según lo investigado es citado con frecuencia por varios autores para describir esta clase de dolo:

“Otro ejemplo académico es el del caso Thomas, sucedido en 1875; este pretendía explotar un barco con la finalidad de cometer una estafa de seguro, previendo como segura la muerte de la tripulación, aunque este resultado le era desagradable”<sup>95</sup>

Castro Ospina, se apoya en Stratenwerth, para dar el siguiente ejemplo de dolo indirecto:

“Como bien ejemplifica Stratenwerth, el que coloca una bomba en el avión en que viaja un político con el objeto de asesinarlo obra con dolo directo de homicidio también con respecto a los acompañantes de la víctima. Incluso cuando lamenta tales muertes, o se represente como posible que la bomba será descubierta antes de la

---

<sup>94</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Claus Roxin. *Dolo...* p. 142

<sup>95</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette apoyada por Claus Roxin. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General...* p. 233. Asimismo, tanto ella como Díaz Aranda en la obra citada del “*Dolo*” página 144 citan que Mir Puig invoca dicho ejemplo del caso “Thomas”

explosión de dolo directo de segundo grado, porque se conecta necesariamente con el atentado tenido en miras.”<sup>96</sup>

De los anteriores ejemplos, se hace notar que en el dolo directo, el sujeto activo, tiene un objetivo principal, que es distinto al de cometer el hecho típico, pero lograr su objetivo lleva implícitas consecuencias previstas como delito y de todas maneras lleva a cabo la conducta u omisión necesaria para lograr su objetivo.

En lo referente al dolo eventual, el resultado típico no se persigue y no se prevé como seguro, sino su producción se ve como probable y en ese caso lo asume voluntariamente. Este tipo de dolo suele confundirse con la culpa con representación, que al examinarse mas adelante, se expondrán las teorías que se han expuesto para distinguirlos.

### 3.3.2.2. La Culpa.

Sobre la culpa, la citada jurista, nos da la siguiente el siguiente concepto:

*“...es culposa la conducta que produce un resultado que era previsible para el autor, a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado que le correspondía en esa situación y de acuerdo con sus conocimientos”*<sup>97</sup>

Por su parte Enrico Altavilla, expone una definición, que como carácter principal tiene la no intencionalidad, al exponer:

“2. NOCIÓN DE CULPA. La palabra *culpa* debe entenderse en el significado técnico que le da nuestro Código, al referirse a especiales tipos de delito, para la integración de cuyo elemento subjetivo no se requiere la intención, pues basta una conducta simplemente voluntaria, o también una conducta que de alguna manera se oponga a los preceptos particulares ya codificados o normas impuestas por la común prudencia y pericia...”<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette apoyándose en Stratenwerth. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General...* p. 233

<sup>97</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette. Ob. Cit. p. 239

<sup>98</sup> Altavilla, Enrico. *La Culpa*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Colombia, 1999, p. 1

Ahora bien, la culpa tiene un elemento objetivo y otro subjetivo.

Sobre el aspecto objetivo la jurista citada dice:

“a. El *aspecto objetivo de los tipos culposos o imprudentes* está conformada, además de los elementos previstos en la descripción típica, por la infracción a un deber objetivo de cuidado y, según la mayoría de la doctrina, también por el resultado...”<sup>99</sup>

La violación al deber de cuidado, el resultado y los elementos previstos en la descripción típica consisten en la parte objetiva de la culpa. Mientras que sobre la parte subjetiva, la citada jurista expone:

“ En el aspecto subjetivo de los tipos culposos o imprudentes deben analizarse los siguientes tres aspectos: el **volitivo**, para establecer que el sujeto iba a realizar una conducta final que no estaba dirigida a ocasionar hechos constitutivos de infracción penal; el **intelectio o cognositivo**, para concretar la objetiva ‘previsibilidad, representación o reconocibilidad’ por parte del sujeto de que, a partir de su infracción al deber objetivo de cuidado, se podría generar un resultado jurídico-penalmente relevante; en éste *item* deben ser considerados no solo los elementos correspondientes al aspecto objetivo del tipo imprudente, sino la capacidad física, cultural y psíquica del autor, *ex ante*, para reconocerlos; y, por último, **la actitud del sujeto frente a ese resultado que se representó**; si era de confianza en que no sucedería, o en que era lejana su posibilidad, habrá culpa con representación, en caso contrario, dolo eventual...”<sup>100</sup>

Son tres aspectos que conforman la culpa: El volitivo, el cognositivo y la actitud del sujeto frente al resultado que se presentó. El **primero** implica la voluntad para realizar una conducta que no estaba destinada a ocasionar un delito. El **segundo**, implica que de acuerdo a su capacidad física, cultura y psíquica del sujeto activo, debe analizarse lo previsible que era la infracción a la norma de cuidado con la acción u omisión *ex ante*, es decir, ponerse en el lugar del sujeto activo antes de realizar la conducta. Y en el **último**, debe analizarse si el sujeto confiaba que sucedería el resultado típico o si realizó la conducta creyendo que no se ocasionaría el resultado.

<sup>99</sup> Castro, Sandra Jeannette. *Ob cit*, ...p. 240

<sup>100</sup> Castro, Sandra Jeannette. *Ob cit*,... p. 241

### 3.3.2.2.1. Formas de Culpa.

Desde su aspecto subjetivo, es decir desde la previsibilidad, representatividad o reconocibilidad la culpa se clasifica en consciente o con representación e inconsciente o negligencia. Desde su aspecto objetivo, consistente en el estudio de la gravedad de infracción a la norma objetiva se divide en imprudencia necesaria y simple, lo cual se estudiará en los siguientes renglones.

Primero se estudiará la culpa desde su aspecto subjetivo:

#### “a. CULPA CONSCIENTE - CULPA INCONSCIENTE”

“En la *culpa consciente(luxuria)* el sujeto se representa la posibilidad del resultado constitutivo de infracción, penal pero, por la infravaloración del grado de peligro, la sobrevaloración de sus propias fuerzas o la simple confianza en su buena suerte considera que aquel no se realizará.”

“En la *culpa inconsciente(negligentia)* el sujeto al realizar su conducta ni siquiera prevé la posibilidad del resultado; no advierte el peligro que un hombre prudente y diligente en su lugar hubiera percibido.”<sup>101</sup>

En efecto, la culpa consciente, también llamada culpa con representación, es aquella en la que el sujeto se “representa” la posibilidad de que con su acción u omisión se vaya a cometer algún delito, pero confía en que no sucederá, ya sea por valorar de menos el grado de peligro de su conducta, por sobrevalorar sus propias fuerzas o simplemente por creer que tiene buena suerte y el resultado no se realizará. Por otro lado, en la culpa inconsciente el sujeto no prevé el resultado como posible, sin advertir el peligro que un hombre prudente y diligente hubiera percibido.

Tal y como se desprende de lo antes transcrito a la culpa inconsciente también se le llama negligencia, una definición simple y clara, se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, donde dice:

---

<sup>101</sup> Castro, Sandra Jeannette. *Ob Cit...* p. 242

“**negligencia.**(Del lat. *negligentia*) f. **Descuido**, omisión. // 2. **Falto de aplicación.**”<sup>102</sup>

Por otra parte, Enrico Altavilla al definir el aspecto psicológico señala:

“Desde el punto de vista psicológico, la negligencia se deriva del funcionamiento defectuoso de la memoria y de la asociación, respecto a la atención, de modo que no surgan recuerdos que la activen, imponiendo el debido comportamiento. Así, la negligencia bien puede ser considerada como una forma de **desatención**, de inercia psíquica.”<sup>103</sup>

Así pues la culpa inconsciente la podemos definir como falta de cuidado o desatención.

Como se mencionó anteriormente, el dolo eventual y la culpa consciente o con representación suelen ser confundidos, esto en virtud de que en ambos casos el sujeto se representa el resultado y lo que diferencia una de otra aparentemente es que en el primero el sujeto cree no le importa que suceda el resultado y en el segundo el sujeto no pretende que se cometa el resultado y cree que no se cometerá. Sin embargo, enseguida se exponen las principales teorías que se han emitido para diferenciar estos dos conceptos.

#### “a. TEORÍA DE LA VOLUNTAD, DEL CONSENTIMIENTO O DE LA APROBACIÓN”

Pese a su origen causalista, sus presupuestos son aceptados actualmente por la doctrina mayoritaria. **De acuerdo con ella, lo que distingue el dolo eventual de la culpa consciente es que en el primero el autor aprueba o presta su consentimiento frente a la posibilidad de que con su conducta se generen los hechos descritos como infracción penal.** Para expresar esta idea se acude a un juicio hipotético que formulara Robert von Hippel: “¿cómo se habría comportado el autor si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado[...] existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente”

<sup>102</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, Espasa Calpe, España, 1992 p. 1433

<sup>103</sup> Altavilla, Enrico. *La Culpa*, Cuarta Edición, Temis, Colombia, 1999, p. 5.

“Obsérvese que el elemento volitivo en el dolo eventual, que marca la diferencia con la culpa consciente, **no es propiamente el ‘querer’, sino el ‘consentir’ en la posibilidad del resultado, aprobándolo.** Justamente en este aspecto radica la crítica que se formula contra esta teoría: **se exige probar un hecho hipotético, que no ha sucedido en realidad, se deja en manos del funcionario judicial plantarse algo que el agente no se planteó:** ‘si, imaginando el resultado como seguro, habría o no actuado’. Es esto derecho de autor y no derecho penal de hecho.”<sup>104</sup>

Esta misma teoría, la estudia Díaz Aranda de una manera distinta, pues subdivide la teoría en dos; teoría del consentimiento y teoría del sentimiento, sobre la primera expone:

“i) *Teoría del consentimiento.* Las teorías del consentimiento afirman, en términos generales, que para imputar al sujeto la conducta a título de dolo eventual debe no sólo representarse la posibilidad de realización del tipo, sino que, además, asiente anteriormente a su realización, es decir, aprueba la producción del resultado o lo acepta. Así, para la jurisprudencia alemana y española actúa con dolo eventual quien ‘consiente’ en la producción del resultado, es decir el sujeto ha previsto la probable producción del resultado y lo aprueba. Por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación y aprobación...”<sup>105</sup>

Díaz Aranda cita a Frank Reinhard para obtener la fórmula de cómo determinar si una conducta pertenece al dolo eventual, en términos similares a los apuntados de Sandra Jeannette Castro Ospina, con el siguiente enunciado:

“... ‘si el autor se dice: suceda así o de otra manera, en cualquier caso actúo, su culpabilidad es dolosa’, complementa su fórmula el postulado aplicable al dolo eventual, en que el sujeto dice: ‘si lo que parece probable(es decir la producción del resultado lesivo) fuese seguro, no obstante actuaría’, mientras que existiría culpa consciente bajo el enunciado: ‘Si lo que me parece posible fuera seguro no actuaría’...”<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette citando a Robert von Hippel. *Ob Cit....* p. 234-235  
Castro Ospina, Sandra Jeannette citando a Robert von Hippel. *Ob Cit....* p. 234-236

<sup>105</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...*p. 147-148

<sup>106</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Frank Reinhard. *Dolo...*p. 148

En efecto, dicha teoría debe poner al juez en el lugar del sujeto activo y preguntarse si el sujeto tenía la intención de actuar de esa manera y a sabiendas de que la infracción penal se ocasionaría actuaría de todas maneras. Este ponerse en los zapatos del sujeto activo y tratar de determinar que era lo que pretendía es el objeto de la crítica a dicha teoría como se desprende de las notas tomadas de Sandra Jeannette Castro Ospina. Además, Díaz Aranda hace críticas en el mismo sentido, incluso apoyándose en un ejemplo:

“...Así, como es improbable saber si el sujeto de todas formas hubiera preferido el resultado, el juez sólo puede inferir dicho consentimiento a partir de un estudio de personalidad del sujeto, lo cual nos lleva a los terrenos de Derecho penal del autor, donde lo importante es si el sujeto tiene cara de delincuente o, en contrapartida, de buena persona, y no de un derecho penal de culpabilidad por el hecho.”

“En efecto, en supuestos como el de los mendigos rusos, en los cuales una pareja se dedicaba a secuestrar niños para posteriormente mutilarlos y obligarlos a pedir limosna, siendo que las mutilaciones realizadas llegaron a provocar la muerte de algunos de esos infantes, la pregunta es si esa pareja debía responder por la muerte de los menores a título de dolo eventual o de culpa consciente. Conforme a las teorías del consentimiento sólo podían ser sancionados por un homicidio culposo, pues si dicha pareja se hubiese representado que aquello que parecía probable fuera seguro(muerte de los menores), evidentemente no realizaría la mutilación y ello es así simple y sencillamente porque un niño muerto no les servía para pedir limosna, sólo un niño vivo y mutilado.”

“Éstos son los extremos a los que se puede llegar con el seguimiento de la teoría del consentimiento...”<sup>107</sup>

Esto demuestra lo complicado que es seguir la teoría del consentimiento, primero, por poner al juez en una posición en la que tenga que inferir el consentimiento a partir del estudio de la personalidad del sujeto, lo cual no es seguro, además por el problema que se presentaría en caso de que se encontrara en un supuesto como el del ejemplo señalado anteriormente, donde aplicando estrictamente la teoría del consentimiento se llegaría al extremo de que se sancionara a los secuestradores rusos con homicidio culposo, dado que no se podría acreditar que la intención era matar a los niños, dado que muertos no les servían para pedir limosna.

---

<sup>107</sup> Díaz Aranda, Enrique, Ob cit...p. 148



Ahora bien, sobre la teoría del sentimiento Díaz Aranda citando a Engisch expone:

“ii) *Teoría del sentimiento*. Por último, la teoría del sentimiento o de la indiferencia, sostenida por Engisch a partir de 1930: ‘hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que puedan resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia’ y, en consecuencia, el desprecio por la preservación del bien jurídico tutelado por el Derecho penal. Empero, este criterio no sirve de mucho, pues quien actúa por culpa consciente también actúa sin indiferencia ello no necesariamente conlleva a la exclusión del dolo...”<sup>108</sup>

Por su parte, sobre esta teoría Francisco Muñoz Conde dice:

“Un ulterior criterio para matizar la existencia de la voluntad respecto al resultado puede ser la desconsideración (la *recklessness* anglosajona), la falta de respeto o la indiferencia hacia el bien jurídico protegido (*teoría del sentimiento*). Este criterio sirve para imputar a título de dolo eventual casos como los de los “pilotos suicidas” (mejor habría que decir “homicidas”) que para ganar una apuesta conducen el automóvil a gran velocidad, durante un largo trayecto, por el lado contrario de la autopista. O como los del torturador que para arrancar una declaración del acusado lo interroga “hábilmente”. En estos casos la muerte de otros conductores o del interrogado no es evidentemente querida, ya que determina perder la apuesta o no conocer la verdad de los hechos, a parte de otras consecuencias no deseadas como la propia lesión del “piloto suicida” o el escándalo y las graves responsabilidades penales (véase art 204. bis.) en el caso del torturador. Pero la gran probabilidad del resultado y la desconsideración y falta de respeto hacia la vida de los demás que implica la realización de tales hechos permite imputar en los casos más graves los resultados lesivos que se produzcan a título de dolo (eventual)...”<sup>109</sup>

Esta teoría es casi igual a la del consentimiento, incluso como lo señala Muñoz Conde, fue elaborada para complementar la teoría del consentimiento. Lo

<sup>108</sup> Díaz Aranda, Enrique, citando a Engisch. *Ob Cit...* p.149-150

<sup>109</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...* p.47

anterior es así, dado que al igual que en la del sentimiento, el juez solo puede inferir la “indiferencia” a partir del estudio de la personalidad del sujeto, por lo tanto, en opinión del sustentante, merece las mismas críticas, dado que el juez nunca pudiera estar totalmente seguro que al sujeto activo le era indiferente que se ocasionara la infracción penal en base a las inferencias del estudio de la personalidad del sujeto o del hecho u omisión.

En lo referente a las críticas que hace Díaz Aranda a dicha teoría en el sentido de que el actuar sin indiferencia no implica la exclusión del dolo, en ello con todo respeto, el sustentante no está de acuerdo, dado que de acuerdo a lo estudiado de la culpa con representación, el sujeto confía en que el resultado típico no se llevará a cabo.

Ahora se estudiarán las teorías llamadas por Díaz Aranda como “cognitivas”, las cuales divide en teoría de la probabilidad y teoría de la representación:

“b) TEORÍAS COGNITIVAS. Las teorías cognitivas ofrecen la facilidad de constatar o deducir de datos externos la concurrencia del conocimiento al momento en que el autor realiza la conducta. Por ende, para estas teorías no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado. Lo anterior tiene como virtud que ‘no confronta al sujeto con algo que “no” tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por cierto algo real, es decir: lo peligroso que al sujeto le parecía el comportamiento que llevaba a cabo’. Las teorías cognitivas más conocidas son la de la representación y la de la probabilidad.”<sup>110</sup>

“i) *Teoría de la representación*. La teoría de la representación parte del elemento **puramente cognitivo: la mera representación por parte del sujeto de la ‘posibilidad’ de que su acción sea adecuada para producir el resultado lesivo, es suficiente para afirmar el dolo**. Pero, si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá, eso es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo.”

“Se trata, pues de una **teoría de contenido puramente intelectual**. La cual también enfrenta graves problemas al establecer la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente, pues la primera requiere necesariamente que el sujeto haya previsto un resultado; en

---

<sup>110</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Enrique Gimbernát Ordeig. *Ob cit*, p. 150

otras palabras, necesita que el sujeto se lo haya representado y esta representación también es propia del dolo eventual; de ahí que Schröder tenga que afirmar que toda culpa es inconsciente.”

“ii) *Teoría de la probabilidad*. Mayer, quien fue su precursor, señalaba: ‘determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible dependerá de si dicho sujeto se la representa como probable o no’. Así, en palabras de Gimbernat Ordeig se puede afirmar la existencia de dolo eventual, cuando el agente ‘cuenta con’ la producción o concurrencia del elemento del tipo (la muerte, la edad inferior a los dieciséis años), cuando ello le parece ‘probable’, en cambio, hablamos de imprudencia, cuando ‘el autor –confía en que– no se dará el elemento típico’.”

“El juicio de probabilidad por desarrollar será tanto general como desde la probabilidad subjetiva, esta última se realizará de forma individualizada según las características y las capacidades de cada individuo. El juez deberá, por tanto, tomar en consideración los hechos objetivos y sus circunstancias que sean susceptibles de ser probadas para determinar si el resultado, desde un juicio de probabilidad general aparecía como probable y desde la probabilidad subjetiva del autor, éste se representó la materialización del resultado como probable.”

“Por tanto, no basta con que objetivamente aparezca como probable el resultado; se requiere además, el aspecto subjetivo del autor.”

“El problema es ¿cómo determinar el título de imputación cuando la probabilidad no es muy alta pero tampoco muy baja?, ¿cómo determinar los porcentajes?, y ¿hasta cuál de ellos llega la culpa consciente para empezar el dolo eventual? Éstos son algunos de los interrogantes a los que no puede dar solución satisfactoria la teoría de la probabilidad, que, además supone una gran ampliación del ámbito de los delitos dolosos.”<sup>111</sup>

Por su parte Jeannette Castro Ospina, analiza a las dos teorías en un solo apartado y expone:

“TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN –PROBABILIDAD–”

“Según esta, lo decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Habrá dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado; por el contrario, será culpa consciente cuando la posibilidad reconocida por

---

<sup>111</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Enrique Gimbernat Ordeig y a Mayer, *Ob cit*, p. 151-152

el autor fue vista como muy lejana. Lo trascendente es el haber querido la conducta, pese a conocer el peligro inherente a ella. La dificultad de esta teoría es cuantificar los porcentajes de posibilidades-30%,80%...e identificar la razón para elegir a partir de cuál de ellos es dolo eventual y hasta donde es culpa consciente.”

“Lo que separa las teorías de la voluntad y de la representación es que ésta no enfrenta al sujeto con el resultado sino con la situación peligrosa: la primera, en cambio, va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándolo como efectivamente acaecido.”<sup>112</sup>

Mientras que Francisco Muñoz Conde, en su obra “Teoría General del Delito” estudia la teoría de la probabilidad:

*“La teoría de la probabilidad parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo de querer el resultado, la teoría de la probabilidad admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá culpa o imprudencia con representación.”*<sup>113</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la teoría de la representación es más estricta que la teoría de la probabilidad para calificar un acto u omisión como dolo eventual, esto es así, dado que en la teoría de la representación basta que el sujeto se represente la “posibilidad” de que su actuar sea adecuado para producir el resultado delictivo para que se considere como dolo eventual. Mientras que en la teoría de la probabilidad se requiere que el sujeto activo considere que el resultado se cometerá con un porcentaje de posibilidades, inclusive Francisco Muñoz Conde se refiere a que se represente como “muy probable” la producción del resultado. Sin que Jeannette Castro Ospina contradiga a Muñoz Conde, señala que el problema de la teoría de la probabilidad, consiste en que no se precisa la cantidad o grado de porcentaje que deba representarse el sujeto para que se considere dolo eventual, opinión la cual compartimos, Al igual que las otras teorías mencionadas sobre el tema, en ésta también se obliga al juez a colocarse *ex ante*, es decir, antes de cometer el hecho, en el lugar del sujeto activo para inferir en base a los conocimientos que tenga de éste, si se había representado el resultado con algún determinado porcentaje.

---

<sup>112</sup> Castro Ospina, Jeannette. *Ob Cit.* p. 235

<sup>113</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría del Delito...* p. 46

Asimismo se desprende que la teoría de la representación y probabilidad, diferencian de las teorías volitivas en el sentido de que en las primeras se estudia el acto u omisión enfrentando al sujeto activo con una situación peligrosa, mientras que en las segundas se le confronta con el resultado, imaginándolo como consumado.

Continuando con las teorías, Sandra Jeannette Castro Ospina, nos ilustra sobre las teorías que ella llama “Eclécticas”, de la siguiente manera:

“c. TEORÍAS ECLÉCTICAS”

“Se caracterizan por combinar la consciencia de la peligrosidad de la conducta –*representación*– con un elemento volitivo. Algunos autores han considerado que para el dolo eventual basta con que el sujeto ‘tome en serio’ la posibilidad de que, con su conducta, puede dar lugar al acaecimiento de hechos constitutivos de infracción penal y ‘se conforme’ con tal posibilidad; que, aunque le resulte desagradable, ello no lo haga desistir de su conducta. Desde esta perspectiva, habría culpa consciente cuando el sujeto, a pesar de plantearse la posibilidad de dar lugar con su conducta a los hechos constitutivos de infracción penal ‘confía’ en que no se producirán.”

“Otros doctrinantes han propuesto eliminar el elemento volitivo del dolo eventual, pues quien ‘toma en serio’ la probabilidad de que la conducta produzca los hechos constitutivos de infracción penal, y sin embargo incurre en la acción u omisión, está aceptando esa probabilidad y, por ende, los hechos a que da lugar.”<sup>114</sup>

En estas teorías, se desprende que la clave es que el sujeto “tome en serio” la posibilidad de que con su conducta pueda dar lugar a la comisión de un delito y se “conforme” con tal posibilidad y aunque resulte desagradable no se desista de ella, de otra manera si el sujeto en la misma circunstancia, pero cambiando el aspecto intelectual y entonces confía que no se produzca el resultado, se estará ante una culpa consciente.

Con todo y sus críticas, el sustentante considera que la más apropiada es la teoría del consentimiento, dado que la fórmula citada anteriormente que versa; “Si lo que parece probable fuese seguro, no obstante actuaría” parece claro para demostrar un dolo eventual, mientras que la que versa; “Si lo que me parece posible fuera seguro no actuaría”, también invocada en anteriores renglones, demuestra la culpa

---

<sup>114</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette citando a Robert von Hippel. *Ob Cit.*... p. 234-236

consciente. Sin embargo, sigue teniendo el mismo defecto que las teorías mencionadas anteriormente, en el sentido de que se obliga al juez a que se ponga en el lugar del sujeto *ex ante* y en base a inferencias tomadas sobre aspectos subjetivos del delincuente, como lo es que se representó el resultado con algún porcentaje, que tomo en serio el resultado o bien que actuaría aunque se cometiera el resultado, pero así sucede con la mayoría de los elementos subjetivos, siempre van a tener dificultad en acreditarse por ser elementos internos de cada persona<sup>115</sup>.

Ahora estudiando la culpa desde su aspecto objetivo, es desde su concepto de deber objetivo de cuidado, Castro Ospina señala lo siguiente:

“b. IMPRUDENCIA TEMERARIA E IMPRUDENCIA O NEGLIGENCIA SIMPLE”

“En estos casos se atiende a la gravedad de la infracción de la norma objetiva de cuidado.”

“La *imprudencia temeraria* es la modalidad más grave y se equipara a la culpa *grave o lata* del derecho civil. Consistente en no tener ni siquiera el cuidado que las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear. Puede presentarse frente a la culpa consciente o inconsciente.”

“La *imprudencia o negligencia simple* se caracteriza por la falta de diligencia y cuidado mediano u ordinario.”<sup>116</sup>

En efecto, la clasificación de la imprudencia temeraria y la imprudencia o negligencia simple se da en base a la gravedad de la falta de cuidado, si la falta de cuidado fue de tal grado que hasta las personas negligentes suelen emplear entonces, se está frente a la primera de las mencionadas y en caso de que la falta de diligencia haya sido de mediano u ordinario cuidado entonces, se presenta la segunda.

---

<sup>115</sup> Entre la teoría de la probabilidad y la teoría de la voluntad o consentimiento, Francisco Muñoz Conde, se inclina por esta última y señala “Parece, por ello, preferible la teoría de la voluntad, por cuanto, además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la culpa. Sin embargo, también contra ella se han formulado objeciones. En primer lugar, porque presume algo que no se da en realidad: que el autor se plantea lo que haría, caso de que el resultado fuere de segura producción. Ciertamente la teoría de la voluntad se base en confrontar al delincuente con el resultado cuando este todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido. En segundo lugar, porque no siempre se puede demostrar un querer efectivo, ni aun en los casos en que el autor se imagine el resultado como seguro. Incluso en el dolo directo de segundo grado es suficiente con la representación de la necesaria producción del resultado concomitante...” Citado de; Muñoz Conde, Francisco. *Teoría del Delito...* p. 46-47

<sup>116</sup> Castro, Sandra Jeannette. *Ob Cit...* p. 242-243

Por estudiarse desde otra vertiente es decir, desde la gravedad a la violación a la norma de cuidado es que ambas de las imprudencias citadas pueden presentarse en la culpa con representación o en la culpa inconsciente.

### 3.3.2.3. Preterintencionalidad.

Sobre el concepto de preterintencionalidad, Octavio Alberto Orellana Wiarco, dice:

“18. LA PRETERINTENCIONALIDAD ”

“La preterintencionalidad, también llamada en ocasiones ultraintencionalidad, es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como la tercera especie de culpabilidad, pero este concepto es todavía mas debatido que el dolo y la culpa.”

“Conviene adelantar y proporcionar una noción de la preterintencionalidad, y podemos decir que este concepto se refiere al caso en que el daño que produce sobrepasa a la intención del agente. En efecto, la palabra preterintencionalidad, tiene su origen en las partículas *praeter* que significa ‘mas allá de’, e *intentionem* que significa ‘intención’.”<sup>117</sup>

Este concepto se obtuvo del libro “Teoría del Delito”, en que Orellana Wiarco, estudia los sistemas causalista, finalista y funcionalista, es al estudiar el sistema causalista donde el citado autor estudia la preterintencionalidad y es por ello que señala que los causalistas lo refieren como la tercera especie de culpabilidad, pero no por ello debe considerarse que dicho autor sea causalista. Sin embargo, aún y cuando le estudia en el capítulo del sistema causalista, lo transcrito sirve para determinar las raíces de la preterintencionalidad, donde se infiere que significa “mas allá de su intención”. Por lo tanto, por llevar en sus elementos la intención, elemento subjetivo, el sustentante considera que al estar estudiando el sistema finalista entonces se debe ubicar en el tipo, lo cual se hace evidente al dar lectura a lo expuesto por Castro Ospina, quien dice:

“D. PRETERINTENCIÓN ”

“I. NATURALEZA Y CONCEPTO”

“El delito preterintencional tiene un tipo subjetivo ‘compuesto’. De una parte, incorpora los hechos constitutivos de infracción penal resultado de una conducta dolosa; y de otra, los que acaecen como

<sup>117</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*...p. 62

consecuencia de una conducta imprudente o culposa. En legislaciones como la española y la alemana no se encuentran regulados, por cuanto que diversas hipótesis pueden ser resueltas por la vía del concurso de tipos penales.”

“En cuanto a su estructura, es importante señalar que el tipo básico que forma parte de él constituye en sí mismo un tipo doloso independientemente. Y, como anota Jescheck, ‘el hecho básico doloso encierra también siempre, como delito de lesión, una infracción del cuidado debido en cuanto a la evitación de la especial consecuencia. Por eso, la imprudencia requerida consiste aquí *únicamente* en la *previsibilidad de la consecuencia más grave*[...] el resultado tiene que haber sido *previsible asimismo para el autor* según sus facultades personales’.”<sup>118</sup>

“Podría decirse entonces que el delito será preterintencional cuando *el autor quiere realizar una conducta que da lugar a unos hechos constitutivos de infracción penal, pero cuyo resultado, siendo previsible, es diferente al querido*.”<sup>119</sup>

Así pues, dicha autora, ubica a la preterintención en la sede del tipo, lo cual implica que sigue el esquema finalista. Asimismo, se desprende que es carácter del tipo subjetivo que tiene cuenta con el dolo y la culpa al mismo tiempo, el dolo existe cuando el autor se representa el resultado y la culpa cuando éste se produce.

En lo referente a la definición expuesta por Castro Ospina, llama la atención que ella dice que el resultado es “diferente” al querido, cuando de la lectura de las raíces de “preterintención” se desprende que quiere decir que el resultado fue mas allá de la intención, es decir, mas grave de lo que se pretendía, incluso cuando ella misma cita a Jescheck, en su definición aparece también la previsibilidad de un grado “mas grave”. Además, según la misma autora el Código Penal de Colombia de 1980 en su artículo 38 establecía lo siguiente:

“La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, **excede** de la intención del agente”<sup>120</sup>

Por lo tanto, dicho artículo también prevé que el resultado debe ser mayor al que pretendía el agente. Cabe señalar que la misma autora señala que en 2000 se modificó dicho código colombiano, sin embargo, el cambio consistió en

<sup>118</sup> Castro, Sandra Jeannette citando a Jescheck. *Ob Cit...*p. 244

<sup>119</sup> Castro, Sandra Jeannette. *Ob Cit...*p. 244

<sup>120</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette citando al Código Penal de Colombia. *Ob cit.* p. 245



traspasar la preterintención del ámbito de la culpabilidad al de lo injusto, aclarando que la demás redacción quedo igual, lo cual implica que se sigue contemplando en dicho ordenamiento que en la preterintención se excede la intención del agente<sup>121</sup>.

Así las cosas, el sustentante considera que la definición de la citada autora es correcta, únicamente de acuerdo a lo antes expuesto, incluso por ella, sugiere que se cambie el término “diferente” por el de “de mayor gravedad”.

### 3.3.2.4. El Error

Sobre el error de tipo Francisco Muñoz Conde dice:

#### “5. ERROR DE TIPO”

“Como ya se había dicho antes, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo de injusto de un delito imprudente. El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva(cosa, explosivo) o normativa(ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una ‘valoración paralela en la esfera del profano’, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.”

“El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo(error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad) carece de relevancia a efectos de tipicidad. Solo el error sobre elementos del tipo excluye el dolo. Por eso se le llama *error de tipo*(sobre otras clases de error, especialmente error de prohibición trataremos más adelante).”

“Hasta la reforma de 1983 el Código Penal español no contenía ningún precepto relativo al error. La doctrina admitía, sin embargo, su relevancia, aunque discrepaba respecto a su tratamiento. La doctrina dominante se inclinaba por un tratamiento unitario del error de tipo y de prohibición; sin embargo, la reforma diferencia claramente uno y otro tipo de error.”

“Dice así el nuevo artículo 6 bis a): ‘El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que se agrave

---

<sup>121</sup> Castro, Sandra Jeannette citando a Jescheck. *Ob Cit...*p. 246

la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso’.”

“ ‘Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuera vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa’.”

“ ‘La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66’.”

“Los dos primeros párrafos del artículo 6º bis a) se refieren a lo que la doctrina llama error de tipo, los dos últimos al error de prohibición cuyo tratamiento, cuando es vencible, es distinto.”<sup>122</sup>

Sobre el mismo concepto, Welzel señala:

“*Error sobre el tipo* es el error sobre una circunstancia objetivo del tipo legal; excluye el dolo. El autor puede ser castigado como responsable del hecho culposos, si éste está sancionado con pena...”<sup>123</sup>

“Error sobre el tipo es el desconocimiento de una circunstancia *objetiva* perteneciente al *tipo*, tanto si es de índole fáctica(descriptiva) como normativa. Error sobre el tipo no es sólo, por consiguiente, un error sobre ‘hechos’, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre el ‘carácter ajeno’ de la cosa, el ‘embargo’(en el art. 137), ‘documento’, ‘funcionario’, etcétera. A este respecto basta un conocimiento en el sentido de un juicio paralelo en la conciencia del autor...”<sup>124</sup>

Así pues el error del tipo consiste en el desconocimiento sobre los elementos que integran el tipo. Ahora bien, aunque Muñoz Conde señale que el error sobre cualquier otro elemento del tipo pertenezca a categorías distintas al tipo carece de relevancia para efectos de la tipicidad, sin embargo, el mismo autor, señala que en algún momento la doctrina se encargó de estudiar en forma unitaria el error de prohibición e inclusive cita el Código Penal español para señalar la diferencia que señala dicho ordenamiento legal entre error de tipo y error de prohibición.

---

<sup>122</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...* p. 48. El mismo autor en el glosario de la obra consultada nos da la siguiente definición de error de tipo: “Desconocimiento o ignorancia de los elementos de carácter objetivo que caracterizan un hecho como típico” Ver página 183

<sup>123</sup> Welzel, Hans. *EL Nuevo Sistema del Derecho Penal...*p. 178

<sup>124</sup> Welzel, Hans. *Ob Cit.* p. 178

Por lo tanto, en virtud de que está relacionado con el tema y que incluso en la doctrina se llegó a tratar de manera unitaria el error de tipo y el error de prohibición, enseguida se transcribe la definición que expone más adelante en la obra consultada Muñoz Conde al señalar:

## “2. ERROR DE PROHIBICIÓN”

“Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, **sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho**. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación).”

“En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que el primero...”<sup>125</sup>

Por su parte sobre el mismo tema Welzel dice:

“*Error de prohibición* es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo). ‘El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido’ (BHG 2, 297); no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien, (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable, o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2º del art. 51 y el art. 44, si es culpable.”<sup>126</sup>

Pues bien, resulta que el error de prohibición desconoce que está actuando ilícitamente. Se divide en dos clases, el error cuando se refiere a una norma

---

<sup>125</sup> Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito...* p. 122-123 Al igual que el error de tipo, en el error de prohibición el autor citado, en el glosario de la obra citada expone la siguiente definición sobre error de prohibición: “Desconocimiento o ignorancia del carácter prohibitivo del hecho típico y antijurídico” Ver página 183

<sup>126</sup> Welzel, Hans. *Ob Cit.* p. 178

prohibitiva, que es el error de prohibición directo y el error cuando sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto está amparado por una causa de justificación. Estas dos clases de error fueron parte de la crítica al sistema finalista y por tanto, será en el capítulo en que se estudien las críticas al sistema finalista cuando se aborde tal problemática.

### 3.3.2.5. Elementos subjetivos del tipo distintos al dolo y la culpa.

Aparte del dolo, la culpa y la preterintención, la doctrina señala que hay otros elementos, tal y como se evidencia al dar lectura a las siguientes transcripciones, la primera de Francisco Muñoz Conde:

#### “6. OTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE INJUSTO”

“Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos solo requiere en el ámbito subjetivo el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. En algunos delitos específicos se requiere, sin embargo, además para constituir el tipo de injusto **la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo**. La necesidad de tales elementos para caracterizar el tipo ya fue advertida por algunos penalistas alemanes de principios de siglo (FISCHER, NAGLER, HEGLER), pero fue MEZGER quien en un artículo publicado en 1924, sistematizó y dio carta de naturaleza a tales elementos. Para MEZGER, tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo. Para el finalista, en cambio, tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos, entre ellos el dolo.”<sup>127</sup>

“Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito. Así, por ejemplo, el ánimo de injuriar en el delito de injurias, el fin de eximirse de algún servicio público de autolesiones, etc. La importancia de tales elementos subjetivos se revela en que, si no concurren, no se da el respectivo tipo de injusto. Así, por ejemplo, una manifestación objetivamente injuriosa, hecha sin ánimo de injuriar, sino como testimonio en un juicio, no es constitutiva de un tipo de injurias; la utilización de una cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiársela, sino de usarla, no constituye, salvo que se trate

---

<sup>127</sup> Muñoz Conde, Francisco citando a Fischer, Nagler, Hegler y Mezger. *Teoría General del Delito...* p. 50

de un vehículo de motor, un tipo de hurto; la autolesión, sin el fin de eximirse del cumplimiento de un servicio público, no constituye un tipo de lesiones, etc.”<sup>128</sup>

Por otra parte Sandra Jeannette Castro Ospina señala:

“B. OTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO O DEL INJUSTO”

“En ocasiones en la descripción del tipo se incluyen expresiones como las siguientes: el ‘propósito de obtener provecho’ en el hurto(arts. 239 C.P. 2000 y 349 C.P. 1980); o ‘para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato’ en la intervención en política(arts. 422 C.P. 2000). Estas expresiones son conocidas como elementos subjetivos del tipo o del injusto, son aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo, **que el tipo prevé para su realización. Consisten básicamente en tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos.**”

“La importancia de estos elementos radica en que deben estar presentes para que la conducta se adecue al tipo penal. Así, en el caso del hurto no basta con conocer y querer apoderarse de una cosa que se sabe es ajena(dolo); es preciso que se realice con el ‘propósito de obtener provecho’. En caso de estar ausente este elemento subjetivo, la conducta no se adecuará a tal delito por atipicidad relativa.”<sup>129</sup>

En efecto, dichos elementos aunque subjetivos, son distintos al dolo, consisten en de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito y que por tanto se deben tomar en cuenta, pues de exigir los artículos alguno de estos elementos y de no presentarse, entonces no habría tipo y en consecuencia no se estaría frente a un delito.

<sup>128</sup> Muñoz Conde, Francisco citando a Fischer, Nagler, Hegler y Mezger. *Teoría General del Delito...* p. 50

<sup>129</sup> Castro Ospina, Sandra Jeannette. *Ob Cit...* p. 238 En la misma página, la autora en nota a pie de página cita a Jescheck para explicar que la teoría de elementos subjetivos del tipo y elementos subjetivos del injusto son equivalentes, enseguida se transcribe la referida cita: “las dos denominaciones ‘elementos subjetivos del injusto’ y ‘elementos subjetivos del tipo’ son equivalentes: la primera se fija en la inclusión de todo el grupo de elementos en los factores que caracterizan el *injusto* de una clase de delito, mientras que la segunda indica que estos elementos se utilizan en la estructura del *tipo*. Por lo común, los elementos subjetivos del tipo sirven para construir el injusto de una determinada clase de delito, pero se emplean también, con menor frecuencia, para construir figuras *cualificadas o privilegiadas* a partir de un delito base.”

### 3.4. Críticas al Sistema Finalista de la acción.

#### 3.4.1. La culpa en el finalismo.

De lo investigado, especialmente en el libro “Dolo Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México” de Enrique Díaz Aranda, se desprende que una crítica al finalismo fue que al no haber intención y al no ser el resultado la finalidad seguida por el autor, entonces la fórmula finalista se estrellaba en los delitos culposos<sup>130</sup>, lo cual se demostraba aún mas, en los supuestos de culpa inconsciente donde el sujeto activo ni siquiera ha previsto que su conducta pudiera llegar a provocar un resultado típico. En efecto como se estudió en anteriores renglones, Welzel sostenía que las acciones finales se caracterizaban por la previsión que tiene el autor de los resultados que se producirían con su acción y esa previsión estaba ausente en la culpa inconsciente.

Sobre dicha crítica al sistema final de la acción, se encontró su respuesta en la obra “Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista” de Octavio Orellana Wiarco, donde sobre el tema señala:

“La teoría finalista ha sido criticada en relación a los delitos culposos, sobre todo en el caso de la culpa inconsciente, en la cual el sujeto no se representa el resultado, donde se dice que no se puede explicar la ‘finalidad’ de la conducta dirigida a la consecución de un fin que ni siquiera pasó por la mente del agente.”

“Welzel sostuvo que en un principio que el contenido de los delitos culposos se encontraba en una ‘finalidad potencial’, concepto que después abandonó para fundarlo en la ‘acción que debía haber realizado conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables”

“El principio de la finalidad ‘potencial’ o evitabilidad individual del sujeto, en que se apoyaba Welzel, se confundían las exigencias de la culpabilidad con las del injusto.”

“ ‘Una explicación concebida de tal manera obedecía a que, como el resultado no era posible conectarlo en modo alguno, con la finalidad del autor, se entendía que en la imprudencia el criterio decisivo consistía en la evitabilidad final del resultado causalmente producido.’”

“Las críticas de Niese, a su maestro Welzel, llevaron a éste a modificar la tesis de la ‘finalidad potencial’ y fundar: la culpa en que

---

<sup>130</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* p. 64

la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en peligro intolerable o dañen el bien jurídico, es decir, los delitos culposos encuentran su fundamento en el ‘deber de cuidado’ que debió tomar en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas...”<sup>131</sup>

Así pues, Hans Welzel, modificó su tesis para fundamentar el **“deber de cuidado” que debió tomar en cuenta el sujeto activo al realizar su acción final.**

Por su parte, Welzel expone en el prólogo a la cuarta edición de su obra “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, sobre la respuesta a las críticas al sistema finalista en los delitos culposos, lo siguiente:

“...Por lo que respecta a la nueva edición, puedo repetir lo que he dicho en el prólogo de la 7ª(10ª) edición de mi Manual. Por dos razones vuelven a ocupar los delitos culposos el primer plano en la reelaboración: en primer lugar, porque con el desarrollo del tráfico en los últimos treinta años han experimentado un aumento insospechado y con ello han adquirido irremediamente una importancia práctica mayor de la que habían tenido hasta ahora; por otra parte, **porque la crítica de la teoría de la acción finalista se ha concentrado precisamente en la dogmática de los delitos culposos.**”

“Aun cuando los **detractores de la doctrina de la acción finalista** admiten ya ‘que en el *dolo* la finalidad es lo jurídicamente decisivo’(SCHRÖDER) siguen creyendo, sin embargo, **que quizá sea posible arrollar a la doctrina de la acción finalista desde los delitos culposos.** Pues su conclusión parece lógica: puesto que en los delitos culposos el resultado no está producido finalmente, la doctrina de la acción finalista tiene que fracasar en ellos. Esta conclusión depende, sin embargo, de la premisa de que en el delito culposo el *resultado* sea el elemento más importante y único de lo injusto. Ambas cosas ni están demostradas, ni son ciertas. **Si la premisa fuera cierta, toda acción-incluso la más adecuada y correcta- tendría que ser antijurídica si causa un resultado típico.**”

“En este punto Engisch había observado ya, hace treinta años, la ‘perplejidad e inseguridad’ de la doctrina de la acción causal al no poder insertar un **tercer elemento** esencial en su concepto de delito; un elemento que se encuentra entre la causación objetiva y la

<sup>131</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto citando a Welzel y Niese. *Teoría del Delito...* pp. 101-102

previsibilidad subjetiva del resultado y que surge enseguida si en la acción se ha **observado el cuidado externo exigido**(Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, p. 277). Aquí se advierte que el elemento esencial de lo injusto de los delitos culposos no consiste en el resultado causado, **sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario en el tráfico. Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos**, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una “selección” dentro de él, en relación con su punibilidad(así, ya, Engisch, lug. cit., p. 342).”

“La estructura concreta de la acción pasa a ocupar también con ello, el centro de relevancia jurídica en los delitos culposos. Así como en los delitos dolosos la tentativa fue el escollo en que fracasó la doctrina de la acción causal, en los delitos culposos fracasa en el *desvalor de la acción*, que se determina en función del cuidado objetivo.”<sup>132</sup>

En efecto, Welzel critica que los causalistas fundaban sus críticas al sistema finalista sobre la culpa en el desvalor del resultado, cuando el consideraba que el problema de la culpa era un problema de desvalor de la acción<sup>133</sup>, es decir que desde que se estudia la acción se debe analizar si se observó el deber de cuidado, que es el tercer elemento que los causalistas no habían incluido en los delitos culposos.

Asimismo, aunque no es directamente relacionado con el tema se optó por transcribir la parte del prólogo en que Welzel explica el porqué del replanteamiento de su teoría final de la acción, donde se desprende que primero, fue por el aumento de accidentes de tráfico que ocurrió en los treinta años anteriores a la cuarta edición, que fue en 1960<sup>134</sup>, pero también por las críticas que se hicieron al sistema finalista que se concentraron en los delitos culposos.

<sup>132</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...*p.37-39

<sup>133</sup> Enseguida se transcribe la parte conducente de lo que a concepto de Welzel es el desvalor de la acción y el desvalor del resultado: “...La lesión del bien jurídico(el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una *acción* personalmente antijurídica(dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal. El desvalor del resultado(el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos(los delitos de resultado y de peligro). El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.”Ver. Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* p. 109

<sup>134</sup> El prólogo a la cuarta edición lo elaboró en 1960 según se desprende al ver: Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* p. 40



Ahora bien, Welzel en posteriores páginas de la obra consultada, donde estudia el concepto de acción, señala:

“... Los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, **selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución de él, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar.** En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe ‘el cuidado necesario en el tráfico’ para evitar dichas consecuencias.”

“El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, **en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico.** Consiste, sobre todo, en el *desvalor de la acción*, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal...”<sup>135</sup>

Así pues, el sujeto escoge violar el deber de cuidado al realizar su acción y en eso consiste el desvalor de la acción, él debió realizar la acción consistente en respetar el deber de cuidado, pero optó en no hacerlo así y por ello se produjo el resultado. Esto se mas evidente desprende al dar lectura a la misma obra de Welzel, que además ilustra sus razonamientos con un ejemplo:

“b) La doctrina de la acción causal no permite comprender tampoco los delitos *culposos*, aunque haya considerado durante mucho tiempo que éste era su ‘campo’. Desconoce que la parta esencial, para el derecho penal del hecho culposos no consiste (tampoco) en el *resultado* causado por un acto voluntario (así, por ejemplo, Mezger, I, 4ª ed., 45), sino en la *acción* defectuosa, por consiguiente no en el desvalor del *resultado*, sino en el desvalor de la *acción*.”

“Esto se puede demostrar rápidamente por medio de un ejemplo: los coches de A y B-que circulan en direcciones contrarias chocan en una curva sin visibilidad; A y B resultan con lesiones

---

<sup>135</sup> Welzel, Hans. *Ob cit.* pp. 111-112

corporales. Cada uno de ellos ha causado aquí, sin duda, mediante un acto voluntario( el conducir su coche) la lesión del otro; lo ‘esencial’ para el delito culposo no consiste, sin embargo, en la mera causación de la lesión del otro; lo ‘esencial’ para el delito culposo no consiste, sin embargo, en la mera causación de la lesión del otro, sino en las características de las acciones realizadas por A y B. Si B, al conducir, se había mantenido en el lado derecho de la carretera, mientras que A había ‘cortado’, hacia la izquierda, la curva carente de visibilidad y había chocado, por *ello*, con B, sólo la acción de A tendrá relevancia para un delito culposo, aunque la acción de B fuera asimismo una causa de la lesión de A. La acción de A era *antijurídica*, porque su forma de conducir no correspondía al cuidado necesario en el tráfico, mientras que la acción de B era jurídica por la razón inversa.”

“Aquí se advierte que el elemento decisivo de lo injusto en los delitos culposos es también el desvalor de la *acción* y no el mero desvalor del resultado; éste tiene sólo el sentido de un elemento adicional(y precisamente restrictivo) de lo injusto.”

“La doctrina de la acción causal resulta, así, insuficiente para explicar el elemento decisivo de la antijuridicidad de los delitos culposos: pues¿cómo se querría encontrar en las dos acciones los criterios decisivos para el *valor* o el *desvalor de la acción*, si se las considera únicamente como *procesos causales* desencadenados por un acto voluntario y no se atiende a su dirección concreta? La doctrina de la acción causal tendría que conducir, consecuentemente, a la consideración extraña de que B, en el caso mencionado, ha causado *antijurídicamente* la lesión corporal de A y que sólo queda excluida la culpabilidad(por falta de infracción del cuidado debido)...”<sup>136</sup>

“...El desvalor de la acción, decisivo para los delitos culposos, consiste en la divergencia de la dirección real de la acción por el autor y la dirección exigida por el derecho.”

“La doctrina de la acción causal, fracasa, ante todo, en relación con la conducta *exigida* –que ha de ser comparada con la acción final llevada cabo realmente- por consiguiente, en relación con aquella conducta que responde “al cuidado necesario en el tráfico”. La determinación de cual era la conducta *exigida*(‘apropiada’ o ‘conforme al cuidado’), en la situación concreta, es una tarea judicial, lo mismo que la constatación de la conducta que ha llevado a cabo realmente el autor(ver OLG, Celle, NJW 55, 1772). Pero, ¿cómo puede realizar el juez la determinación de la conducta exigida, si debe entender sólo por

<sup>136</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* pp. 54-56.

‘acción’ un proceso causal desencadenado por un acto voluntario y no un acontecer dirigido por la voluntad?”

*“Con la comprensión de que el elemento decisivo de lo injusto de los delitos culposos es el desvalor de la acción, la doctrina de la acción causal queda también superada en el ámbito de los delitos culposos.”*<sup>137</sup>

Así pues, queda robustecida la solución que da Welzel a los delitos culposos en el sistema finalista, consistente en que el elemento decisivo de lo injusto en dichos delitos es el **desvalor de la acción**, como ya se había mencionado anteriormente. Este desvalor de la acción se determina mediante el análisis de la conducta del sujeto comparada contra la exigida, si no se efectuó la conducta exigida, entonces se violó el deber de cuidado y la voluntad del sujeto se dirigió a ese fin precisamente, es decir a la violación de la norma de cuidado.

Sin embargo, dicho replanteamiento que hizo Welzel a su teoría final de la acción, aunque según el consideró superadas sus críticas, tal y como se desprende de lo transcrito, siguió siendo objeto de críticas, lo cual se hace evidente al dar lectura a lo expuesto por Díaz Aranda en su obra consultada:

“De todas formas Welzel no conseguía superar su alejamiento del concepto general de acción final sobre el cual había erigido su sistema y debía recurrir al desvalor del resultado para hacer descansar en éste la tipicidad de la acción culposa. En efecto, la **conducta culposa no se dirige ni a la producción de un resultado típico ni a la violación de un deber de cuidado**, sino simplemente dicho deber no se observa dando lugar a la producción de un resultado típico.”<sup>138</sup>

En efecto, se controvierte directamente la teoría de Welzel al señalar que la **conducta culposa no se dirige a la producción de un resultado ni a la violación de un deber de cuidado**, sino simplemente a no observar el deber de cuidado.

Sin embargo, Günther Jakobs, tiene un punto de vista similar al de Welzel, pues en su cuaderno titulado “El concepto jurídico penal de acción” incluso toma el concepto de “acción como expresión de sentido”, que expone Welzel, sin embargo para ello, Jakobs primero cita a Gehlen:

---

<sup>137</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* p 57

<sup>138</sup> Díaz Aranda, Enrique apoyándose en Welzel. *Dolo...* p. 66

“El ser humano es el ser que actúa. No está... ‘fijado’, esto es, sigue siendo para sí mismo un cometido; es también, con otras palabras, el ‘ser que toma postura’. Los actos de toma de postura hacia fuera los llamamos acciones, y precisamente en la medida en que sigue siendo un cometido para sí mismo, toma postura frente a sí mismo y ‘se convierte en algo’. ...El ser humano...es *previsor*. Necesita de lo lejano, de lo que no está presente en espacio y tiempo, vive –al contrario que el animal- en el futuro y no en el presente. Esta determinación forma parte de las circunstancias de una existencia en la que se actúa, y no que en el ser humano es consciencia humana en sentido propio debe entenderse desde esta perspectiva.”<sup>139</sup>

En efecto, el ser humano toma una postura, y su postura hacia el exterior lo llama “acción”. Que el ser humano es previsor, que su conducta la toma hacia el futuro y no en el presente, como lo hacen los animales.

Continúa Jakobs, exponiendo dicho concepto, ahora sí citando no únicamente a Gehlen, sino también a Welzel:

“...El mismo Welzel afirmó acertadamente, un año antes de la citada manifestación de Gehlen, que una acción debe ser comprendida como ‘expresión de sentido’; ‘expresión de sentido’ es aquello que Gehlen llama ‘toma de postura hacia fuera’ y que nunca podría expresarse de manera suficiente sólo con la causalidad, que por sí misma carece de sentido.

“La consecuencia de concebir la acción como expresión de sentido es, como hoy en día todo estudiante sabe, la pertenencia del dolo a la acción. Welzel hablaba por ello de una teoría personal del injusto;... **Frente a determinadas críticas, según las cuales el concepto final de acción estaría limitado a los hechos cometidos con dolo directo**, Welzel contestó que la ‘denominación’ ‘final’ es una ‘abreviatura’ que ‘no puede abarcar todos los aspectos’. Según Welzel, **‘el contexto de efectos anticipados de toda acción’ es más amplio que ‘la estructura medio-fin’**. **Lo anterior sigue pudiéndose armonizar con la interpretación de la acción como ‘expresión de sentido’**; y es que no sólo se trata de una expresión de lo que se pretende cambiar en el mundo, sino que, al contrario, también aparece

---

<sup>139</sup> Jakobs, Günther, citando a Gehlen, traducido por Manuel Cancio Meliá. *El concepto jurídico penal de acción*, Primera Edición, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. 21-22

en la toma de postura hacia fuera lo que para ello debe necesariamente aceptarse, precisamente como coste que quien sigue actúa cree poder ocasionar para obtener lo que persigue.”<sup>140</sup>

### “C. Finalismo e imprudencia”

“Sin embargo, el resultado alcanzado-todo hecho doloso es expresión de sentido y por ello acción- no aprovecha al completo el punto de partida; **también una acción imprudente es expresión de sentido, entendiendo que la imprudencia evitabilidad individual.** Por consiguiente, **una persona sólo se comporta imprudentemente si para ella misma, y no para algún tipo de persona ideal, era evitable la consecuencia de la que se trata.** Una consecuencia es evitable si no se habría producido en el supuesto de quien actúa hubiese estado motivado para evitarla, con otras palabras: **son evitables las consecuencias cognoscibles, sólo que en los supuestos de hecho jurídico-penalmente relevantes lo importante no es conocerlas(en ese caso, el autor imprudente se convierte en autor doloso) sino evitarlas.**”

“No puede disponerse de lo inevitable a través de la motivación de una persona; por ello, ésta tampoco puede tomar postura frente a ello. ¿Qué ocurre con lo evitable que no fue reconocido, esto es, con lo imprudente? **La respuesta es fácil cuando quien actúa se comporta de manera indiferente frente a una consecuencia y precisamente por ello no se preocupa si se produce o no.** Esa persona esboza una realidad en la que esas consecuencias no merecen ser tenidas en cuenta a la hora de calcular los costes de la acción. En este sentido, puede que este menosprecio sea absoluto(la consecuencia carece de interés en todo contexto) o relativo, esto es, frente a un motivo de actuación al que el sujeto atribuye especial importancia. Esta falta de reflexión, por considerar que no hay nada que merezca ser tenido en cuenta, es una toma de postura: consiste en despreciar aquello que no se tiene en cuenta. Ejemplo: quien cuando conduce un automóvil no se da cuenta de que está superando la velocidad máxima permitida, porque no le interesa si la está respetando o no, declara a través de su comportamiento que la regulación relativa a la velocidad carece de importancia.”

“Algo más difíciles de resolver son aquellos casos en los que la persona que actúa yerra a la hora de realizar su comportamiento, esto

---

<sup>140</sup> Jakobs, Günther, citando a Huelen y a Hans Welzel, versión traducida por Manuel Cancio Meliá. *El concepto jurídico penal de acción*, Primera edición, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. pp. 22-23

es, no tiene en cuenta las consecuencias por descuido. No le es indiferente lo que ha hecho; al contrario, lo lamenta y lo retiraría si pudiese. Un ejemplo: un conductor, distraído por un cartel fascinante, no se fija en un paso de peatones y lesiona por ello a un peatón. Seguro que el automovilista no desea que se le atribuya que su comportamiento significa lo siguiente: ‘los automovilistas están autorizados a distraerse, aunque con ello generen el peligro de que se produzca un daño’. Pero en un primer momento, esa parecía ser su toma de postura: aunque le era posible configurar la realidad *incluyendo* la atención a los peatones, escogió una configuración sin tal atención. El sujeto estaba erróneamente motivado al admitir la distracción; bien es cierto que no ha convertido el perjuicio del peatón en contenido ‘expreso’ de su comportamiento, pero sí la distracción, y ésta era cognitivamente incompatible con la protección del peatón.. El hecho de que el propio sujeto considere que su constelación motivacional se ha producido por error es la razón de que en los casos imprudencia basada en un error la pena por imponer sea más leve, pero ello en nada modifica la constatación de que en un principio se expresó en la realidad de acuerdo con esa constelación errónea. De manera distinta a lo que ocurre en la responsabilidad por el resultado, en la vinculación a la desgracia significa ‘destino’ o ‘maldición’, aquí significa ‘deficiencia del sujeto’.”

**“La acción, por tanto, es expresión de un sentido; esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias: son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias. ...”<sup>141</sup>**

Así pues, según Jakobs, “la toma de postura hacia fuera” de Gehlen equivale a la “expresión de sentido” de Welzel, sin embargo la de Gehlen, nunca podrá expresarse de manera suficiente sólo con la causalidad, dado que la acción en la causalidad como lo dijo Welzel es “ciega”.

Este concepto de “expresión de sentido” es el que da la solución a los delitos culposos, pues de lo transcrito se desprende que mediante ésta, el sujeto decide si va a violar el deber de cuidado o no, la transcripción anterior, casi completa del subtema “finalismo e imprudencia” sirve para ilustrar de una manera amplia dicho concepto de “**expresión de sentido**”, el ejemplo que expone Jakobs sobre el

<sup>141</sup> Jakobs, Günther. *El concepto jurídico-penal de la acción...*p. 23-26

conductor, que distraído por un cartel fascinante, no se fija en un paso de peatones y lesiona por ello a un peatón, sirve para entender como se resuelve el problema de la culpa en el finalismo, pues dicho ejemplo lo complementa señalando que de seguro que el automovilista no pensaba excusarse diciendo que ‘los automovilistas están autorizados a distraerse, aunque con ello generen el peligro de que se produzca un daño’, pues era obvio que el automovilista sabía que no debía distraerse, pero el escogió actuar sin atender dicha norma de cuidado, es decir no tuvo la **motivación dominante** de evitar el resultado y por ello es que se considera su actuación como culposa.

Díaz Aranda procede a hacer otra crítica al finalismo, ésta ya en el aspecto sistemático de ubicar a la culpa en el tipo, al señalar lo siguiente:

“Pero lo anterior nos lleva a reconsiderar que si lo importante en los delitos culposos no es la acción en si misma entendida como finalidad realizada, sino la posible acción finalista que no se realizó conforme a lo establecido por la norma jurídica, ello ha supuesto la elaboración de un juicio valorativo y ese juicio no es un juicio moral sino un juicio jurídico, que nos lleva a reprochar una conducta que se ha realizado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico. ¿Acaso no es esto la culpabilidad?”

“Así lo puso de manifiesto Mezger ‘por consiguiente, el reproche a título de culpa no surge aquí de la acción, sino del ‘juicio de culpabilidad’...pues la inserción ‘potencial’ de la finalidad en la acción culposa tiene que ser fundamentada desde la esfera del deber; por consiguiente, desde la esfera de lo esencial(no de lo existencial)’”<sup>142</sup>.

En efecto, aquí Díaz Aranda, toma la solución que da Welzel sobre el finalismo en los delitos culposos y aún así señala críticas, pues poniéndose en el supuesto de éste, señala que el sujeto no obró como lo dispone la norma jurídica, y dice que ello ha supuesto la elaboración del juicio valorativo que lleva a reprochar la conducta que se ha realizado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico y que ese juicio de reproche es materia de la culpabilidad. Posteriormente apoya su afirmación en Mezger, que señala que el juicio de reproche no surge en la acción, sino hasta la culpabilidad.

No es de extrañarse que se emita un punto de vista como el expuesto tanto por Mezger como Díaz Aranda, en el sentido de que el juicio de valor sobre si

---

<sup>142</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Mezger. *Dolo...* p. 67

se violó la norma de cuidado debe hacerse a nivel de culpabilidad, pues el mismo Welzel en uno de los conceptos que da de culpabilidad, se refiere a la misma en términos similares, pues dice:

“3. Culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho...”<sup>143</sup>

En efecto, en la culpabilidad se valora la conducta del sujeto, que cuando se determina que es culpable es porque podía actuar conforma a las normas pero no lo hace así.

Sin embargo, basta dar lectura a los próximos renglones de la misma obra consultada de Welzel, para notar que el concepto de Welzel es distinto al que exponen Mezger y Díaz Aranda, al exponer el primero de los citados:

“La culpabilidad es un concepto *valorativo* negativo y por tanto, un **concepto graduable**. La culpabilidad puede ser **mayor o menor**, según lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla.”

“Con arreglo a este criterio, la voluntad de la acción *tiene*(o es portadora de) una culpabilidad mayor o menor, *es* más o menos *culpable*; pero ella misma no es la culpabilidad. La culpabilidad es una cualidad valorativa negativa de la voluntad de la acción pero no es la voluntad misma. Por ello es falsa la antigua doctrina, que repercute aún hoy muchas veces, de que la culpabilidad sea un determinado estado anímico(por ejemplo, el estado anímico en el tipo subjetivo). Un estado anímico puede *ser portador* de una culpabilidad mayor o menor, pero no puede *ser* una culpabilidad(mayor o menor)...”<sup>144</sup>

“...La polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista, no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece también a la culpabilidad(como su posible portador), sino sólo sobre si pertenece *únicamente* a la culpabilidad.”

“A la **culpabilidad, en el sentido del derecho penal, ‘pertenecen’ todos los caracteres del delito previos a ella:** acción(conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo una acción( o

<sup>143</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*...p. 127

<sup>144</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*... pp. 127-128



conducta) típica y antijurídica puede ser culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad (la reprochabilidad), no son *sólo* elementos de la culpabilidad. Por ello, **la voluntad de acción-aunque es también portadora del reproche de la culpabilidad-es ya antes un elemento de la acción**; el dolo es ya antes un elemento del tipo de los delitos dolosos y con ello un presupuesto de la antijuridicidad de estos delitos; **la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido realiza en forma *no dolosa* un tipo**, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos.”

“En la **culpabilidad se examina hasta qué punto puede serle reprochada personalmente al autor esta voluntad de acción**. Este es el problema nuevo y específico de la culpabilidad dentro del concepto del delito.”<sup>145</sup>

En efecto, de lo anterior se desprende que a nivel tipo se estudia la culpa o el dolo, pues el dolo o la culpa primero pertenecen al tipo y como consecuencia de ello, son parte de la culpabilidad, es decir, el dolo y la culpa no pertenecen únicamente al tipo, pues al ser éste un elemento de la culpabilidad también pertenecen a la culpa, sin embargo, se desprende que en el tipo se determina si la conducta es culposa o dolosa y en la culpabilidad se valora el **grado de de la culpabilidad, es decir hasta que punto puede serle reprochada la voluntad de acción al autor, si va a ser menor o mayor**.

Por lo tanto, en el tipo se estudia la voluntad de la acción, es decir, si es culposa o dolosa y en la culpabilidad se estudia hasta que punto esa voluntad le puede ser reprochada al autor.

Lo afirmado por Welzel, en el sentido de que en la culpabilidad, se mide la lesión jurídica, puede considerarse actual, dado que Günther Jakobs, en su obra “Culpabilidad en Derecho Penal”, al estudiar sobre la diferencia de los defectos cognitivos y volitivos, se refiere a los grados de la culpabilidad, lo cual se evidencia al dar lectura a la siguiente transcripción de su obra:

“...en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud de su comportamiento denota, más

---

<sup>145</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*...p. 129

grave será la culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor sea su culpabilidad.”<sup>146</sup>

En efecto, la cita anterior se hace con el objeto de demostrar que en la culpabilidad es donde se señala el grado de la lesión de la vigencia de la norma, relacionado con el tema dado que se analiza la voluntad y entre mas voluntad haya tenido un sujeto de trasgredir la norma mayor va a ser la culpabilidad, es la fórmula de Welzel.

**Nosotros consideramos, que de las críticas al finalismo hasta ahora expuestas, el sustentante considera que la primera de ellas, consistente en la falta de finalidad en la culpa, fue superada por Welzel al señalar que el sujeto activo escoge violar el deber de cuidado y por tanto su voluntad va dirigida a violar dicho deber, pues no se considera que la culpa pueda ser puramente causal, aunque no hay finalidad de obtener el resultado, sigue habiendo una voluntad y esa se debe estudiar desde la acción, entendiendo la acción como expresión de sentido, ésta es lo importante, si lo importante fuera el resultado, entonces no habría para que estudiar el dolo o la culpa y hacer esa diferencia en cuanto la sanción al momento de imponer la pena, por ello se considera que es correcta la explicación de Welzel, pues en la culpa es importante el aspecto volitivo que se debe estudiar desde la acción y determinar la voluntad que va dirigida a violar el deber de cuidado. Si el sujeto sabe cual es el deber de cuidado y si no lo sigue entonces su finalidad es no observar dicho deber de cuidado y si no sabe cual es el deber de cuidado entonces está frente a un error de tipo, que no eximiría al sujeto activo de la culpa si el error era vencible o en un error de prohibición, que al estudiarse en la sede de culpabilidad excluiría su culpabilidad.**

**Por las mismas razones, nosotros no estamos de acuerdo en que por estudiarse en la culpa la violación al deber de cuidado, dicha violación debe ser en la culpabilidad. Si notamos las críticas, van encaminadas a demostrar que la culpa no debe estudiarse en la sede de tipo sino en la culpabilidad, pero dichas**

---

<sup>146</sup> Jakobs, Günther, traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. *Culpabilidad en Derecho penal, Dos cuestiones fundamentales*, Primera Edición, Colección de Estudios número 27, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 16

**críticas no objetan la inclusión del dolo en el tipo, ni mencionan porque el dolo si se debe estudiar en el tipo y la culpa no.**

**Consideramos lógico que si se estudia el dolo en el tipo también la culpa debe estudiarse ahí, pues en los casos en que se desprenda que no hay dolo entonces se determina ahí en el tipo que no hay culpa, además de lo consultado del mismo libro de Díaz Aranda, se desprende que se si se califica un delito como culposo hasta la culpabilidad se tiene que regresar al tipo para reclasificar el delito como culposo, al menos que al llegar a la culpabilidad haya llegado como culposo, caso en el que volveríamos al finalismo donde se califica un delito como culposo o doloso desde el tipo, pues la culpa es parte de éste. Por ello, ninguna de las críticas son para el sustentante procedentes y por ninguna de ellas considera que se deba cambiar la ubicación sistemática del dolo y la culpa del tipo a otro de los elementos del delito.**

**No pasamos por alto, que no se mencionó las críticas sobre la culpa con representación, sin embargo, si se considera que el problema de la culpa inconsciente se ha superado con mayor razón, se resuelva el de la culpa con representación, dado que en ésta, el sujeto se representa el resultado pero cree que no se consumará y entonces es más evidente que optó por no prever la norma de cuidado.**

### **3.4.2. Críticas al finalismo en los delitos de omisión.**

Según Díaz Aranda, el finalismo fue sujeto a críticas en los casos de delitos de omisión, para ello transcribimos lo que expone al respecto:

“d) SUSTENTO DE LA OMISIÓN. El presupuesto óntico del cual paría el sistema final de la acción encontraba problemas para sustentar los delitos de omisión, los cuales no tienen una relación causal(óntica) entre la conducta y el resultado y sin embargo son captadas por el legislador penal. En efecto, si sólo se podía considerar como conducta, a efectos del derecho penal, aquella capaz de producir el resultado típico, por consiguiente, la omisión podía ser considerada una acción final y tampoco una conducta sancionada por el Derecho Penal. Pues, quien omite evitar un resultado no ha desencadenado proceso causal alguno y su omisión es incapaz, desde el punto de vista óntico, de provocar lesión alguna a bienes jurídicos tutelados.”<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...*p. 71-72

Como se desprende, las críticas estaban enfocadas en señalar que en la omisión no se podía considerar una acción final, pues quien omite evitar un resultado no ha desencadenado proceso causal alguno y viendo la omisión desde el punto de vista óntico, no puede ser capaz de provocar lesión alguna de bienes jurídicos.

Por su parte Orellana Wiarco, señala las críticas al finalismo en los delitos de omisión, sin embargo, de igual forma señala la solución que se da en el sistema finalista, pues señala:

“Se ha criticado al finalismo que en los delitos de omisión no queda claro la conducta ‘finalista’ del sujeto. Welzel y los finalistas, han señalado que el sujeto al proponerse una conducta, debe considerar la ‘potencialidad’ de su acción, o su omisión, y es por ello, que al perseguir un fin, la omisión de la conducta a la que estaba obligado a realizar por su calidad de garante, y no efectuarla es lo reprochable.”<sup>148</sup>

En efecto, en los delitos de omisión, la respuesta de los finalistas se basa de nuevo en el poder de la voluntad, es decir el sujeto decide no tomar la conducta con la que puede evitar que se lesione el bien jurídico.

El mismo Orellana Wiarco antes de llegar a la conclusión antes transcrita, cita a Jiménez de Azúa, Mezger y Liszt, para hacer el razonamiento donde explica porqué es procedente la respuesta de los finalistas a las críticas que se le hace a su teoría en los delitos de omisión, lo cual para una mayor ilustración enseguida se transcribe:

“Se admite por los resultados, encabezados por Mezger, que en los delitos de comisión por omisión el sujeto viola una preceptiva(deja de hacer lo que debe hacer) y una prohibitiva(producir un resultado que no debe producir).”

“Jiménez de Asúa, considera que Mezger, tiene cuando nos dice:”

---

<sup>148</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, apoyándose el Welzel. Teoría del Delito, Decimotercera Edición, Porrúa, México, 2003, p.146. Un concepto de garante, utilizado por Orellana Wiarco en esta cita, se encontró descrito en la doctrina de España y es el siguiente: “Determinados sujetos tienen un deber específico de actuar para evitar que se produzca un resultado típico. A éstos se les denomina ‘garantes’ y se dice que han cometido un delito de omisión impropio si se abstienen de cumplir con el deber específico mencionado”. Concepto tomado de: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Editorial Praxis, España, 1999, p. 180

“ ‘La decisión de si un delito a de estimarse de naturaleza directamente comisita o si es de los llamados de comisión por omisión, depende de subjetivos(anímicos) del agente.’ ”

“Mezger, para apoyar su argumento acude a Liszt, al señalar un ejemplo, que consiste en que un médico. ‘A’, al efectuar una operación quirúrgica, no peligrosa, a un sujeto ‘B’, decide en ese momento matarlo, y lo deja desangrar. El médico va omitir evitar la hemorragia y se presentará un delito de omisión propia, pero como esa omisión tiene por finalidad que el paciente muera, entonces el médico incurre en un delito de comisión por omisión. **De acuerdo al finalismo, Jiménez de Asúa y Mezger al aceptar que los delitos de omisión o de comisión por omisión, van a depender de ‘momentos subjetivos’, es una clara aceptación de que la conducta es finalista, no ciega o acromática, porque tienen que reconocer que a nivel de la concucta se tiene que examinar la finalidad que persiga con su acción u omisión el sujeto a cuyo cargo queda el obrar u omitir.**”<sup>149</sup>

En efecto, los mismos causalistas reconocen que los delitos de omisión dependen de los elementos subjetivos, de la voluntad del sujeto activo, que desde el nivel su conducta resuelve no actuar para que se ocasione el resultado, que es la fórmula finalista.

**Nosotros consideramos que las críticas a los delitos de omisión en el sistema finalista, pueden ser también contestadas fundadamente a través de los razonamientos expuestos en anteriores renglones de esta tesis, en las que se contestó a las críticas de la culpa. En efecto, ahí se desprendió que el sujeto activo decide no respetar el deber de cuidado, es decir es su voluntad no cumplir con la norma de cuidado y por ello se ocasiona el delito culposos, en los delitos de omisión, la voluntad del sujeto es no actuar con el fin deque se produzca el resultado.**

**Es decir, los casos de los delitos culposos como en los casos de delitos de omisión, dependen de la voluntad del sujeto, en el primer caso ésta es no cumplir con el deber de cuidado, el resultado típico y en la segunda por no haber tenido la voluntad de haber evitado el resultado típico, diferenciándose en que en la culpa no se pretende que se obtenga el resultado y en la omisión por el contrario se pretende que se obtenga el resultado, salvo en los casos en que sea una omisión culposa.**

---

<sup>149</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, citando a Jiménez de Asúa, Mezger y Liszt. *Teoría del Delito...*p.141-142

### 3.4.3. Opinión actual de Roxin sobre Omisión y Culpa en el finalismo.

Claus Roxin, considera las resolución sobre la culpa y sobre la omisión, avances del finalismo, que llama “méritos”, lo cual se evidencia al dar lectura a lo mencionado por el en la Jornada Internacional de Derecho Penal llevada a cabo con el título “Problemas Capitales del Moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI” evento propiciado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales ubicado en el Distrito Federal, en el cual asistieron penalistas además de Roxin, Olga Islas de González Mariscal, Günther Jakobs, Eberhard Struensee, Bernd Schünemann, Enrique Gimbernat Ordeig, Enrique Díaz Aranda, Sergio García Ramírez coordinado por el presidente de dicho instituto, Moisés Moreno Hernández, por mencionar algunos protagonistas de dicho evento. Al respecto, Roxin señala:

#### “II. LOS MÉRITOS DEL FINALISMO”

“Antes de desarrollar mi propia concepción quiero, sin embargo, enfatizar que también **debemos agradecer a la teoría de la acción final avances**, imperdibles(sic) en la dogmática penal, ... Yo veo sobre todo grandes conquistas y, si bien estas también existen independientemente del concepto final de la acción, este último ha dado el impulso decisivo para que aquellas se impongan.”

“En *primer lugar*, el finalismo ha contribuido decisivamente a **descubrir el desvalor de la acción** como uno de los elementos constitutivos en el injusto penal y a delimitarlo de la culpabilidad y de los demás presupuestos de la responsabilidad penal. Ciertamente, la finalidad solamente constituye un factor entre varios que determinan el injusto penal. Además ella solamente abarca en parte el desvalor de la acción, porque éste sobre todo consiste también en la creación de un riesgo no permitido, el cual es independiente de los objetivos que se haya fijado el autor. No obstante, el **finalismo**, después de todo, **ha visto correctamente** que las representaciones y los objetivos del autor juegan un papel importante en la determinación del injusto penal. **Esto rige también para los hechos omisivos y-** como ha demostrado Struensee de la manera más convincente- **incluso para los delitos imprudentes.**”<sup>150</sup>

<sup>150</sup> Roxin, Claus, traducido por el Doctor Manuel A. Abanto Vásquez(Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima-Perú) empleando el texto de la conferencia dictada en México en octubre de 2002, con el título original “*Normativus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*”, título en

Como se vio al estudiar la respuestas a las críticas a la culpa en el finalismo, se respondió a las mismas señalando que dicho problemas se resolvía a analizando el desvalor de la acción, esto es lo que señala Roxin como un avance del finalismo, el descubrimiento del desvalor de la acción en el injusto penal y delimitarlo de la culpabilidad. Que el desvalor de la acción, consiste también en la creación de un riesgo no permitido, el cual es independiente de los objetivos que se haya fijado el autor, como sucede en los casos de los delitos culposos en que el objetivo no es el resultado sino violar la norma de cuidado. Asimismo, se resalta la importancia de la representación y objetivos que se ha fijado el autor en el injusto penal como lo es en los delitos de omisión donde el autor se representa el resultado y mediante la omisión obtiene el resultado querido, lo cual considera correcto, pues dice que el finalismo ha visto correctamente que las representaciones y objetivos del autor juegan un papel importante en la determinación del injusto penal, lo cual dice rige para los hechos omisivos e imprudentes, es decir culposos.

#### 3.4.4. El error

Siguiendo la directriz de Díaz Aranda, en lo referente a las críticas al finalismo, encontramos que se presentan problemas sistemáticos para diferenciar error de hecho o error de tipo y error de derecho o error de prohibición, esto se hace evidente al citar a lo expuesto por dicho autor, que en su parte conducente dice:

“a) PROBLEMAS SISTEMÁTICOS PARA DIFERENCIAR ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. Engisch considera que la teoría finalista llevaba a concebir la teoría del error como una sola; es decir, ya no habría distinción entre el error de hecho o error de tipo y error de Derecho o error de prohibición, ambas clases de errores deberían ser analizados en la acción y, por tanto, su ubicación correspondería única y exclusivamente al tipo y en ningún caso a la culpabilidad...”<sup>151</sup>

Como se desprende de lo transcrito, las críticas se hacen consistir en que no se distingue entre error de hecho y error de derecho y que ambas clases de errores deberían estudiarse en la acción, lo cual en consecuencia, implicaba que su ubicación correspondería única y exclusivamente al tipo y nunca a la culpabilidad.

---

español “Normativismo, Política y Empirismo en la Dogmática Penal” conferencia integrante de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal tituladas “Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI”, Primera Edición, Ius Poenale, México, 2003, p. 26

<sup>151</sup> Díaz Aranda, Enrique apoyándose el Engisch. *Dolo*...p. 72-73

Sin embargo, al dar lectura a la obra “Teoría General del Delito” de Francisco Muñoz Conde, se encontró que él se refiere al tema de las críticas del error en el finalismo y menciona, incluso como lo enfrentan los partidarios de dicha doctrina:

“El tratamiento del error de prohibición es doctrinalmente muy discutido. Al principio se consideraba que el error de prohibición no debía ser relevante en ningún caso(*error iuris nocet*): este planteamiento ni siquiera se mantiene ya en el ámbito del derecho civil(cfr.,art. 6º del C.C.). Pronto se observó que, además de ser injusto, planteaba en la práctica serios problemas porque muchos tipos penales se refieren a disposiciones administrativas cambiantes(‘normas penales en blanco’) y porque el error no siempre se refiere a la norma prohibitiva, sino a la existencia de una causa de justificación o a los presupuestos fácticos de dicha causa. Ante ello, la jurisprudencia comenzó a distinguir entre el error de hecho(relevante) y el error de derecho, que en principio era irrelevante, pero que empezó a considerarse relevante cuando recaía sobre una norma de carácter extrapenal.”

“Un paso adelante importante supuso la *teoría del dolo*, según la cual este exigía, como forma de culpabilidad, tanto el conocimiento de los elementos del tipo como el de la antijuridicidad. Para esta teoría, el tratamiento del error debería ser el mismo en todos los casos: **excluir la culpabilidad** si el error era invencible; excluir el dolo, pero castigar por imprudencia, si era vencible. Para la teoría del dolo, el error, tanto si era error de tipo como si era de prohibición, recibía el mismo tratamiento.”

“La teoría de la culpabilidad, consecuencia de la teoría final de la acción, supuso una culminación de todo este proceso. Ciertamente partía de la relevancia del error tanto si se refería al tipo, como si se refería a la prohibición; pero, al incluir el dolo, como ‘dolo natural’ en el tipo y el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad, atribuyó a ambas clases de error distancia trascendencia práctica y sistemática. El dolo, entendido como consecuencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo no tiene, en efecto, nada que ver con la conciencia de antijuridicidad; se puede realizar dolosamente un tipo(matar a un hombre) y creer que se realiza amparado por una causa de justificación(matarlo en legítima defensa). El error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el



castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de lo injusto.”<sup>152</sup>

Como se desprende de lo anterior, el error de prohibición, es cuestión de debate, señalando que en un principio éste no debía ser relevante en ningún caso, siendo la jurisprudencia española la que inició a hacer la diferencia entre error de hecho y error de derecho, posteriormente siguió la **teoría del dolo**, según la cual en los casos de que el error fuera **vencible** se **castigaba** por imprudencia y si era invencible se **excluía la culpabilidad**, lo que implica que en análisis de dichos errores se hacía hasta la sede de culpabilidad.

Sin embargo, lo importante al tema es que los finalistas continuaron estudiando el error de hecho y el de derecho, buscando resolver el problema mediante la teoría de la culpabilidad, en la cual el error invencible excluía el dolo y el de prohibición la culpabilidad. Lo anterior lo explica el mismo Hans Welzel al hablar sobre “La teoría de la Culpabilidad” en la obra citada en este trabajo, de la siguiente manera:

“**Error sobre el tipo** es el error sobre una circunstancia objetiva del tipo legal; **excluye el dolo**. El autor puede ser castigado como responsable del hecho culposo, si éste está sancionado con pena(art. 59).”

“**Error de prohibición** es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo(por consiguiente, con dolo). ‘El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido’(BGHG 2,197); no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien(interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. **Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable**, o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2º del art. 51 y el art. 44, si es culpable.”<sup>153</sup>

Así pues, según dicha teoría de la culpabilidad, se resuelve los problemas de error de hecho y error de prohibición de una forma sistemática, dado que el error de hecho se analiza y se estudia en el tipo y el mismo excluye el dolo y el error de derecho o prohibición se analiza en la sede de culpabilidad, cuando es invencible el error se excluye la culpabilidad y si es vencible la disminuye.

---

<sup>152</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...* p.123

<sup>153</sup> Welzel Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* p. 178

Ahora bien, en las referidas jornadas internacionales de Derecho Penal, Roxin emite su opinión sobre la teoría de la culpabilidad, la cual en los siguientes términos:

“..., la teoría final de la acción final tiene, sin embargo, consecuencias en la estructura del delito que han influido permanentemente en la jurisprudencia y la legislación alemanas.”

“Así, la **teoría de la culpabilidad**, la cual no concede ninguna influencia al error de prohibición en el dolo, constituye una derivación de la estructura de la acción asumida, según la cual p. ej. una acción de homicidio solamente puede consistir en que el autor ha causado finalmente la muerte de otro. **Si se considera correcta la teoría de la culpabilidad-que ha sido adoptada en la parte general del Código Penal alemán(art. 17)**-entonces uno se verá ligeramente inclinado a ver en ella una prueba de la fertilidad de la concepción finalista. Y también Welzel enfatiza expresamente que ‘la solución del error de prohibición en el sentido de la llamada teoría del dolo se basa en un error de la estructura categorial de la acción’. Pero la teoría estricta de la culpabilidad, la cual también evalúa y pena como hecho doloso el error sobre los presupuestos objetivos de causas de justificación, aún es un derivado de la estructura final; y sin embargo, este resultado es considerado falso por la opinión ampliamente mayoritaria y correcta. Y es que, desde la perspectiva de una evaluación razonable de política criminal, no se entiende por qué alguien, quien también desde un análisis objetivo, quería algo ajustado a derecho, deba ser marcado como criminal doloso debido a un simple error en los hechos.”<sup>154</sup>

De lo anterior se desprende, que aún y cuando la teoría de la culpabilidad se ha incluido en el Código Penal alemán, actualmente es criticada, pero es criticada desde una perspectiva de política criminal, desde la cual no es entendible por qué alguien, deba ser marcado como criminal doloso en un error de prohibición.

### 3.4.5. Culpabilidad Vacía en el Finalismo.

Otra crítica al finalismo fue que con el cambio del dolo, la culpa y los demás elementos subjetivos ya mencionados al tipo se consideraba que la culpabilidad se dejaba vacía, esto aparece en el libro consultado de Welzel y sobre el tema dice:

---

<sup>154</sup> Roxin, Claus

“Las doctrinas del tipo y de lo injusto dan cabida, pues, cada vez más, a elementos anímicos, que habían sido atribuidos, en un principio, erróneamente al concepto de culpabilidad: primero los elementos subjetivos de lo injusto y luego la voluntad de acción.”

“El concepto de la culpabilidad, como tal, no conserva sólo el crimen normativo de la *reprochabilidad*, con arreglo al cual se examina si la voluntad de acción es *culpable*. **En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado**, debido al conocimiento de la estructura final de la acción; con lo cual estamos en condiciones de poder llegar a la solución correcta de los problemas de la acción, de la tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de culpabilidad, del error sobre el tipo y del error de prohibición, de la participación, etcétera.”

“Las objeciones tradicionales a la doctrina de la acción finalista por ‘la subjetivización de lo injusto’, o ‘el vaciamiento del concepto de la culpabilidad’, son, por ello, completamente infundadas. Con la inclusión del dolo en el tipo no se le quita a éste ningún elemento *objetivo*, ni queda, por tanto, subjetivado en lo más mínimo; por otra parte el objeto del reproche de la culpabilidad no queda reducido, en absoluto, puesto que la actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento constitutivo de la reprochabilidad (ver el cap. VIII, a, & I); con ello se destaca, sin embargo, claramente todo el contenido objetivo y subjetivo de la acción típica, así como la esencia y los elementos constitutivos de la culpabilidad.”

“En los delitos *culposos*, la culpabilidad queda completamente depurada de elementos extraños, al incluir la infracción del cuidado debido en el tipo; al mismo tiempo, con el destaque el desvalor de la acción, quedan constituidos el tipo y la antijuridicidad. El supuesto ‘vaciamiento del concepto de la culpabilidad’, **es en realidad su depuración de elementos extraños.**”<sup>155</sup>

Dos frases claves son las que justifican el contenido de la culpabilidad en el finalismo; “**En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado**” y “**el supuesto ‘vaciamiento del concepto de culpabilidad’ es en realidad su depuración de elementos extraños**”. En efecto, mediante el finalismo cada elemento recibe un lugar más adecuado, como se ha demostrado anteriormente en esta obra, el dolo, culpa y

<sup>155</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*...p. 131-132

demás elementos subjetivos pasan al tipo y a la culpabilidad le queda la reprochabilidad, la graduación del hecho u omisión dolosa o culposa, la examinación del error de prohibición o de derecho, si este fue vencible o invencible, como debe ser. De lo contrario de seguir con el concepto causalista de la culpabilidad, continuarían los problemas que se mencionaron al tratar los temas de las críticas a los sistemas causalistas y neocausalistas.

#### 3.4.6. Último comentario de capítulo de Finalismo.

Seguramente hay mas críticas al finalismo o podrá considerarse que algunas críticas no fueron superadas, pero las arriba apuntadas, de acuerdo a lo investigado son las que mas debates originaron, especialmente la de la culpa en el finalismo, pero de todo lo investigado, inclusive de las jornadas internacionales de Derecho Penal llevadas a cabo en el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales con el nombre “Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI”, no se desprende que alguno de los juristas que protagonizaron dichas ponencias hayan propuesto regresar al sistema causalista, sí hay algunos que hacen críticas al finalismo, como se desprende en anteriores renglones, pero **no** con el fin de regresar al sistema causalista, sino para avanzar al funcionalista, que como se verá en el siguiente capítulo, es un sistema que complementa el finalista. Para robustecer lo anterior me permito transcribir las palabras de Enrique Gimbernat Ondreig, quien apoyando a Roxin, señala que al menos en la sistematización de los elementos del delito y el contenido de cada uno de ellos, la teoría del derecho penal actual sigue siendo la misma que la propuesta por Hans Welzel hace más de medio siglo, para así terminar con el capítulo del finalismo:

“Con el profesor creo, también, que el gran mérito de Welzel es lo que para mi supone la culminación de la teoría jurídica del delito, tratada por Liszt, Beling y Mezger; y yo creo que con Welzel alcanza su culminación, y no ha sido superada independientemente de la teoría general de la culpa; es decir, esa gran evolución del pensamiento occidental europeo en la teoría jurídica del delito, la *tipicidad*, la *antijuridicidad*, la *culpabilidad*, alcanza su última evolución importante con Welzel. Pero yo realmente creo, con palabras de Freud, que no toda innovación supone un progreso; yo creo que desde Welzel-y llevamos más de medio siglo con él- no se había producido

un cambio en la sistemática del derecho penal que sea digno de tener en consideración; ese es, en mi opinión, el gran mérito de Welzel.”<sup>156</sup>

#### 4. El Funcionalismo.

##### 4.1. Concepto de Funcionalismo.

“... el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal, **está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad...**”<sup>157</sup>

Esas son las palabras con las que Günther Jakobs describe el finalismo en su obra “Sociedad, norma persona en una teoría de un Derecho Penal funcional”, como la teoría en la que está orientado a garantizar la identidad normativa y constitución de la sociedad.

Dicho concepto es más entendible si se comienza a estudiar en su sentido amplio, para lo cual en la obra “Funcionalismo en el Derecho Penal” de la Universidad Externado de Colombia se expone dicho concepto en sentido *lato* de la siguiente manera:

“II.- El Funcionalismo, en Sentido Lato.”

“Cuatro partes pueden conformar la noción, así:”

“a.- Función: Quiere decir acción propia de una persona, órgano o mecanismo. Es actividad, ocupación, ejecución, cumplimiento, es el proceso que se sigue para cumplir, para desempeñar. Como deriva de *funj*, **significa cumplir con un deber.**”

“b.- Funcional: Es el predicado de cualquier obra o técnica eficazmente adecuada a unos fines. Es la construcción que reúne la mejor disposición, forma y medidas para la función a la que se destina. **Es lo práctico, eficaz y utilitario.**”

“c.- Ismo: Es un elemento compositivo que se pospone a una doctrina, escuela, sistema, modo o partido.”

<sup>156</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, citando a Welzel, Liszt, Beling y Mezger. “*Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XX*”, Primera Edición, Ius Poenale, México, 2003, p. 249

<sup>157</sup> Jakobs Günther, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. *Sociedad Norma Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Cuaderno de Conferencias y Artículos número 13, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996 p. 9

“d.- Ista: Significa que se adhiere a, partidario de; caracterizado por; especialista, quien profesa o ejerce; es el que hace.”

“Desde este punto de vista, el funcionalismo es, entonces, la doctrina que estudia aquellos comportamientos que son obligatorios en pro de la materialización de un propósito.”

“O, de otra manera: el funcionalismo es la escuela o corriente que se ocupa del análisis de los deberes del hombre en aras de la eficacia.”

“Y funcionalista es el que hace funcionalismo, se adhiere a él o lo profesa o, mejor dicho; funcionalista es quien está de acuerdo con que el hombre tiene que cumplir unas obligaciones que produzcan utilidad.”<sup>158</sup>

Resulta que en la sociedad todos tenemos una función con que cumplir, la cual genera expectativas en el resto de la sociedad, es decir, el resto de los integrantes espera que cumplamos con esa función, la cual es necesaria para el desarrollo de la sociedad, para que logres sus fines, para que siga funcionando, en eso consiste el funcionalismo. Sobre las expectativas el mismo autor consultado, apoyándose en Niklas Luhmann nos indica lo siguiente:

#### “A. FUNDAMENTOS O BASES”

“En primer lugar, la *teoría sistémica de NIKLAS LUHMAN*, que concibe el **derecho** como instrumento de **estabilización social**; como medio de orientación de las acciones, de institucionalización de las expectativas, es decir, de aquello que se espera hagan los demás en pro del sistema total; y como instrumento que implica confianza institucional, o sea, credibilidad en el ordenamiento, entendida como forma de integración social.”

“En segundo lugar, la *relación expectativas-defraudaciones*. Dada la diversificación social y la multiplicidad de labores ciudadanas, dentro del grupo **social a cada persona le corresponde el cumplimiento de determinadas conductas**, es decir, **los hombres están llamados a realizar o ejecutar delimitados roles**. Desde este punto de vista, **de cada ser humano se espera, y se exige, el desarrollo de cierta competencia, es decir el comportamiento acorde con su rol. Cuando el hombre actúa como se espera y se exige, colabora con la cohesión social, con la armónica convivencia**. Por tanto, **colma las expectativas**. Al contrario, cuando el hombre

---

<sup>158</sup> Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *El funcionalismo en Derecho Penal*, Tomo I, Primera Edición, Colombia, 2003, p. 119-120.

ejerce imperfectamente su rol, incumple las expectativas y, por consiguiente, defrauda. Hasta aquí, entonces, el delito puede ser captado como comportamiento humano que *defrauda las expectativas*, pues se espera que el hombre no infrinja la ley(expectativas) y, sin embargo, lo hace(defraudación).”<sup>159</sup>

De lo anterior se desprende lo importancia que se da en el funcionalismo al rol que tiene cada individuo en la sociedad, que la sociedad espera que el cumpla con el mismo, eso es la expectativa y en caso de no cumple con la expectativa, entonces se defrauda a la sociedad, visto desde ese punto de vista, mediante el delito se defrauda a la sociedad, el sistema penal tiene por objeto buscar que los individuos cumplan con sus expectativas, de manera que como se dijo, la sociedad continúe funcionando para lograr sus objetivos. Continúa exponiendo al respecto del tema el citado autor:

“En tercer lugar, la *posición de garante*, que significa:”

“Socialmente, de cada persona se espera cierto comportamiento, el desarrollo de aquello que le compete.”

“En el mundo social, no todo le incumbe a todos. Por ende, **la persona está obligada a comportarse, haciendo(acción) o no haciendo(omisión) aquello que la sociedad le exige.**”

“El cumplimiento del papel que le corresponde a cada uno dentro de la sociedad. **Si es correctamente realizado, llena las expectativas; si no, defrauda.**”

“Despréndese de lo anterior que el **reproche penal sólo puede recaer sobre quien respecto de determinadas actuaciones tiene función de garante**. En sentido, contrario si la persona obra, realiza una conducta, pero no le compete o no tiene posición de garante en relación con esa actividad, no es viable el rechazo jurídico-penal.”<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Pérez Pinzón, Alvaro Orlando apoyándose en Niklas Luhmann. *El Funcionalismo en Derecho Penal*...p. 125. El autor citado señala las definiciones de diversos conceptos que sirven para entender mas lo expuesto por él en esta cita, para lo cual transcribimos las definiciones que expone él mismo: “*Sistémica*. Entiende que la realidad social se halla determinada por los sistemas y las estructuras.”

“*Subjetiva*. Es el estudio de los procesos sociales a partir de las vivencias e intenciones de las personas, antes que el de las instituciones, estructuras y sistemas.”

“La *dual* resulta de la fusión de las anteriores, con énfasis en la comunicación y en la tecnología. Los procesos sociales, entonces, nacen y se desarrollan interactivamente: la persona –el grupo- y la sociedad.” Ver: Pérez Pinzón, Alvaro Orlando. *Ob cit.* p. 119

<sup>160</sup> Pérez Pinzón, Alvaro Orlando. *El Funcionalismo en Derecho Penal*...pp. 125-126

Aquí vemos el concepto de “garante” de nueva cuenta, aquí se refiere al mismo de una manera mas amplia que la que se había mencionado para los delitos de omisión, aquí el concepto es general. Como se dijo, cada persona tiene que cumplir con unas funciones en la sociedad y ésta tiene la expectativa de que cumpla dichas funciones, la obligación que tiene el individuo de cumplir con la expectativa, es la que le da la calidad de “garante”, pues el es el responsable de que se cumpla dicha función, el tiene la misión de “garantizar” que se cumpla su función, si no lo hace defrauda a la sociedad, si lo hace cumple con la expectativa.

Ahora bien, el reproche penal recae solamente en determinadas actuaciones de personas quienes tienen la función de garantes. Pero, por el contrario, la persona puede no cumplir con una función y si no es garante para cumplir con dicha función entonces no le es aplicable el rechazo jurídico penal.

Pero ahora veremos, como continúa Pérez Pinzón a exponer las bases del funcionalismo, refiriéndose al delito:

“B. EL DELITO”

“**La violación de la norma es un comportamiento socialmente disfuncional**, que se caracteriza por ser.”

“-Una conducta que, sobre todo, somete a discusión la norma misma, en sí, entendida como orientación del comportamiento humano. No importa tanto la lesión de intereses o bienes jurídicos.

“-Un comportamiento que **afecta la confianza institucional de los coasociados.**”

“-Una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de falta de fidelidad al derecho.”<sup>161</sup>

De nueva cuenta nos damos cuenta que al violar la norma se origina un comportamiento socialmente disfuncional, que afecta la función de la sociedad y la confianza en las instituciones de los coasociados.

Por su parte Gonzalo Francisco Reyes Salas, en su artículo “La racionalidad legislativa y los principios de una reforma procesal penal” en que se refiere a la reforma que debe haber en el Estado de Nuevo León, principalmente al Código de Procedimientos de dicha entidad, expone su definición sobre el concepto en estudio de la siguiente manera:

---

<sup>161</sup> Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *El funcionalismo en Derecho Penal...*p. 126.



“El funcionalismo es un nuevo enfoque del derecho penal que reafirma a éste su función social de protección de bienes jurídicos mediante los criterios aportados por la política criminológica sobre la necesidad de la pena, la debida readaptación social, la prevención general y especial del delito y la correcta función jurisdiccional de declarar la existencia de un delito.”<sup>162</sup>

De dicha definición, se considera necesario destacar lo siguiente; 1. **Función social** del derecho penal de protección de vigencia de la norma. 2. Que se busca proteger dicha vigencia de la norma mediante los **criterios** aportados por la **política criminal**, y 3. La importancia de la función de la pena en la teoría del delito.

Posteriormente, el mismo Gonzalo Francisco Reyes Salas expone:

“Como se observa, el funcionalismo busca armonizar la dogmática penal con la **política criminológica**. Creo que con ésta corriente, se concilian los ancestrales litigios entre penalistas y criminólogos que comenzaron, tal vez, por la culpa de Ferri en contra de los clásicos.”

“El funcionalismo en el derecho procesal penal, busca lograr un equilibrio entre el aspecto formal y el aspecto material del sistema penal.”<sup>163</sup>

De lo anterior, se desprende que en el funcionalismo tiene como novedad la unión de la política criminal y la dogmática penal, que tradicionalmente habían estado separados, es decir, que la criminología y el derecho penal no se estudiaban como uno solo.

Con el fin de abundar más sobre lo expuesto por Reyes Salas, sobre la ancestral separación entre dogmática penal y política criminológica, se expone lo expuesto por Laura Zúñiga Rodríguez en su libro titulado “Política Criminal”, donde señala sobre el inicio del funcionalismo:

### “8.6.3. El Funcionalismo moderado de ROXIN”

---

<sup>162</sup> Reyes Salas, Gonzalo Francisco. Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen 2, número 5, Edición otoño 2004, *La racionalidad legislativa y los principios de una reforma procesal penal*, Edición otoño 2004, p. 69

<sup>163</sup> Reyes Salas, Gonzalo Francisco, citando a Ferri. Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales...p. 70

“Desde que en 1970 ROXIN publicara su ‘Política Criminal y sistema del Derecho Penal’, él y sus discípulos SHÜNEMAN, RUDOLPHI, AMELUG, WOLTER y ACHENBACH, se dedicaron a reconstruir las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad a partir de los lineamientos que estableció su Maestro, esto es, orientándolas a los fines del Derecho Penal.”

“El fundamento de la postura de ROXIN consiste en el intento de superar el dualismo metódico de VON LISZT entre dogmática y política criminal, haciendo que se enriquezca la primera con las aportaciones de la segunda. Con sus propias palabras: ‘El camino acertado sólo puede consistir en dejar de penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal’. En otra parte añade: ‘las concretas categorías del delito-tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal’. De esta la Política Criminal cumple una función de **límite interno** de la dogmática, postulando así una dogmática que constituya un sistema abierto a los problemas que debe resolver, para lo cual tiene que recibir las valoraciones político criminales.”

“Esta postura es fértil en soluciones y en aportar herramientas concretas para resolver los problemas que se le presentan al Derecho Penal. ROXIN propugna un programa para abordar el fenómeno de la criminalidad en el cual exista una conciliación entre dogmática penal y Política Criminal. Como sostiene su discípulo SHÜNEMANN. ‘ROXIN parte de las tres exigencias fundamentales que cabe dirigir a un sistema fructífero, a saber, orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades políticocriminales’ Esto significa llevar a cabo la unidad sistemática del Derecho Penal y la Política Criminal en una ciencia totalizadora donde se acoge los problemas de la realidad social a la cual se debe, en muy similar sentido al propugnado por VON LISZT. Es por eso que hoy se habla de una vuelta a VON LISZT, porque él ya inició el camino de la mirada hacia la realidad sin desconocer que estamos ante una ciencia valorativa. El ya intuía que la Política Criminal y la Criminología eran disciplinas que podían y debían aportar datos al Derecho Penal. La deficiencia de la teoría de VON LISZT de no llegar a concretizar cómo se hace ese paso de la realidad a la valoración, es superada por ROXIN para quien las valoraciones políticocriminales constituyen el fundamento y el límite de la intervención penal, es decir, son componentes intrasistemáticos del sistema penal que no sólo dan

contenido a las categorías del delito, sino también constituyen su **fin y límite**.”<sup>164</sup>

Como se desprende Roxin es considerado como el primer exponente del funcionalismo, sin embargo, él mismo dice haberse fundado en Von Liszt, quien ya se ha citado en esta obra como uno de los causalistas, sin embargo, no vuelve a Liszt para sistematizar de nueva cuenta los componentes de los elementos del delito, es decir no es para regresar los elementos subjetivos del delito, como el dolo y la culpa a la culpabilidad, sino para hacer la unión entre la dogmática penal y la política criminal, lo cual trae como resultado una ciencia totalizadora. Pues según lo expuesto, Liszt ya intuía que la dogmática penal y la política criminal debían unirse, **pero no logró llegar a dar ese paso a la realidad de la valoración**, lo cual supera Roxin, debido a la importancia que le da a las valoraciones político criminales, considerando éstas como el fundamento y el límite de la intervención penal.

Como se desprende, al tratar el funcionalismo, se cita en diversas partes el concepto **política criminal**. Al respecto, Reyes Salas señala:

“La *política criminológica legislativa*, es el conjunto de políticas públicas orientadas **hacia la prevención del delito a través de la creación de normas jurídicas**. Es el conjunto de lineamientos generales que debe tomar en cuenta el legislador al crear las normas jurídicas penales hacia la **prevención general del delito**. ...”<sup>165</sup>

Pues bien, resulta que lo fundamental de la política criminológico legislativa es elaborar normas con el fin de prevenir el delito, es decir, mas que para castigar a quien comete algún delito, se trata de evitar que lo cometa.

Por su parte al consultar la doctrina española, en específico de la Universidad de Salamanca, sobre el tema, donde lo dividen desde la perspectiva de la actividad del estado o como actividad científica, señalándonos al respecto de la primera de ellas:

“a) *Como actividad del Estado*: Forma parte de la política general del mismo. Comprende el desarrollo de actividades por parte del Estado para la consecución de los fines que él mismo se haya marcado en relación al fenómeno delictivo o a los comportamientos

<sup>164</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura citando a Roxin, a Shüneman y apoyándose en Von Liszt, Rudolphi, Amelug, Wolter, Achenbach. *Política Criminal*, Primera Edición, COLEX, Madrid, 2001, pp. 116-117

<sup>165</sup> Reyes Salas, Gonzalo. *Ob Cit* p. 68

desviados, así como la determinación de estos mismos fines. Forma parte de la política jurídica, en cuanto determina la utilización de una rama del ordenamiento jurídico-en este sentido habría que hablar de política penal- pero, por otro lado, **sobrepasa los límites de la política jurídica al comprender también medidas de política social que pretenden incidir sobre el fenómeno delictivo o que sustituyen al empleo del Derecho penal.** Hasta el punto de que como con ironía pone de relieve Baratta “Entre todos los instrumentos de la Política criminal en el Derecho Penal es en último término el más inadecuado”. **A través de la Política criminal el Estado establece la orientación de todo el sistema penal,** que comprende, como acabamos de ver, no sólo la definición de qué comportamientos considera delictivos, **sino también cuál es la finalidad de la pena y cuales son los medios que se han de emplear para poder alcanzarla. Mediante la actividad político-criminal se formaliza el control social a ejercer sobre los comportamientos desviados que se consideran delictivos.** En este sentido amplio que comprende la política penal, habría que hablar de Política criminal.”<sup>166</sup>

El estado tiene ciertos fines, mediante la política criminal se busca conseguirlos a través del estudio fenómeno delictivo o los comportamientos desviados, evitar el delito, se estudian los motivos por medio de los cuales se cometen los delitos y se trata de dar una respuesta preventiva o tomar medidas de que cuando se penalice la comisión del delito, no se ocasionen daños a la función del individuo con la sociedad. Sobre la política criminal desde su aspecto de actividad científica, la misma en la misma obra consultada aparece lo siguiente:

“b) Como *actividad científica* la Política criminal **forma parte de la Ciencia del Derecho Penal**, y tiene como objeto lo siguiente:”

“- Estudiar la determinación de los fines que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del Derecho penal, así como de los principios a los que debe estar sometido el derecho positivo.”

“-Sistematizar, en función de los fines y principios preestablecidos, los medios de los que se dispone para el control del comportamiento desviado, entre ellos el Derecho penal, así como las líneas generales de su utilización.”

---

<sup>166</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Otros citando a Baratta. *Lecciones de Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, pp. 103

“-Examinar las distintas fases del sistema penal en función de los criterios marcados en los momentos anteriores. Respecto al derecho positivo, se concretará en la posible interpretación del mismo en función de dichos principios, o en la crítica en el caso de que tal interpretación no sea posible con la formulación de propuestas alternativas de regulación.”

“La Política criminal realiza, por tanto, una investigación cuyos resultados van dirigidos no sólo al legislador sino también al juez y a los restantes protagonistas de las distintas instancias de control, como la policía, el personal penitenciario, los trabajadores sociales, etc.”<sup>167</sup>

Mediante la política criminal, tiene relación no solo con el Juez y el Legislador, como lo es predominante en el derecho penal, sino con los restantes protagonistas de las distintas instancias de control penitenciario, como la policía, el personal penitenciario, trabajadores sociales etc... De nueva cuenta se mencionan los fines de la sociedad que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del Derecho pena. Definir principios y mediante ellos se sistematiza el control de la comisión del delito.

Por su parte, en la obra de “Derecho Penal. Parte General” de Reinhart Maurach, Heinz Zipf, exponen el siguiente concepto:

“...la política criminal se ocupa de la **obtención y realización de las concepciones del orden en la lucha contra la delincuencia**..., la política-criminal tiende ‘a la exposición sistemática ordenada de las estrategias sociales, tácticas y medios para la enseñanza de un control óptimo del delito’(Kaiser, *op. cit.*, 316; similar Schultz, *Jeschek-Festschrift*, 1985, 791, en cuanto sostiene que ‘es el conjunto de las disposiciones estatales dirigidas en forma directa a la lucha contra la criminalidad’)...”<sup>168</sup>

La lucha contra la delincuencia o criminalidad, es lo que destaca dentro de dichos conceptos de la política criminal, es decir, se describe en términos similares a las citas anteriores. Por lo tanto, en resumidas cuentas, la política criminal es la ciencia que se ocupa de tomar medidas para prevenir el delito y lucha contra la delincuencia con el fin de mantener la vigencia de la norma.

<sup>167</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*... p. 104

<sup>168</sup> Maurach, Reinhart y Zipf Heinz, traducidos por Jorge Bofil Genzch y Enrique Aimone Gibson. *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 20

## 4.2. La Función de la pena.

La función de la pena tiene una gran importancia en el sistema funcionalista, en la cual se busca que la pena tenga un fin mas que de castigo de resocialización, sin embargo, antes de dicha teoría de la prevención especial existieron otras, las de la retribución y de la prevención general por mencionar algunas, mismas de las cuales se tomaron como referencia principalmente a Octavio Alberto Orellana Wiarco en su obra “Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista” y Carmen Eloísa Ruiz López en su artículo especializado escrito para la obra “Lecciones de Derecho Penal. Parte General” y Heiko H. Lesch en su obra “La función de la pena”:

### 4.2.1. La Teoría de la Retribución.

Enseguida se exponen las referencias tomadas para estudiar este tema:

#### “A) La teoría de la retribución

“Considera que la pena tiene en sí misma su finalidad y con ella se agota la función que debe desempeñar. Al autor de un mal(delincuente) se le impone en justa retribución un mal(la pena). La pena encuentra su justificación “en la realización de una idea: la justicia.”

“Esta teoría encuentra sus raíces en el pensamiento filosófico de Hegel y Kant. Para Hegel el delito es una negación del Derecho y la pena es la expiación de esa negación, y con ello el restablecimiento del derecho lesionado. En Kant, encontramos la idea que todo asesino debe ser ejecutado, para que sufra por el delito cometido, para que reciba justamente por el hecho cometido, y así debe ser, aun en el caso, de que una sociedad civil decida separarse y antes de dispersarse debe ejecutar a quien se halle condenado ‘para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en el castigo’.”

“A esta teoría retribucionista se le han formulado varias objeciones:”

“a) Se critica a esta teoría en cuanto presupone la necesidad de aplicar la pena, pero no explica la necesidad de su aplicación. No explica el fundamento que el Estado tiene para esa ‘necesidad’, da por descontado que debe aplicarse la pena. El legislador no se plantea por ejemplo, el límite *ius puniendo*(derecho de castigar) y puede llegar a excesos que violenten principios, como el de intervención mínima, de

proporcionalidad, de humanidad, etc., que son característicos de un estado moderno democrático, respetuoso de los derechos individuales.”

“b) También se objeta a esta teoría que causar un mal(la pena) por un mal cometido(el delito), sin otra ulterior razón, como lo vemos en los más radicales partidarios de esta teoría, no resulta sino expresión de un acto de venganza`.”

“c) En esta teoría no se plantea como fin primordial de la pena la resocialización sino el castigo del mismo.”<sup>169</sup>

Como se nota de los apuntes anteriores, en este caso tomados de Orellana Wiarco, la teoría de la retribución tiene como fin castigar a la persona que cometió un mal, es decir, hacerlo pagar por haber cometido ese mal. Sin embargo, entre las críticas señaladas destacan la referente en que en dicha teoría se toma a la pena como un acto de venganza y la consistente en que la pena no tiene como fin principal la resocialización del mismo.

#### 4.2.2. Prevención General.

Enseguida se exponen las referencias tomadas para estudiar este tema:

“En su concepción tradicional, la prevención general ha sido entendida como prevención general negativa. Al ver la pena como la amenaza de un mal, su fin es intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el camino del delito. Ello se trata de obtener por medio de la ejemplaridad en la ejecución del respectivo castigo y se ha justificado desde el punto de vista político criminal porque la amenaza de la pena es considerada como un medio imprescindible de encauzar conductas.

“A la prevención general negativa se han señalado, entre otras, las siguientes críticas:

Los excesos innegables en que ha incurrido el derecho positivo en busca de obtener un efecto intimidatorio sobre la colectividad, llegando incluso al terror penal. ...”<sup>170</sup>

“B) La teoría de la prevención general”

<sup>169</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto citando a Hegel y Kant. *Teoría del Delito...* p. 172-173

<sup>170</sup> Ruiz López, Carmen Eloísa. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 32

“Se apoya modernamente en las ideas de Anselmo Von Feuerbach expuestas a principios del siglo XIX donde atribuye a la pena una función de intimidación de carácter general.”

“Se pretende que la amenaza que contiene la ley penal de ‘castigar’ a quien la viole debe ser la apropiada para lograr que cualquier sujeto se intimide o no la infrinja.”

“Esta teoría también ha resultado objeto de críticas como las siguientes:”

“a) Parte del supuesto que el Estado al legislar en materia penal puede señalar las penas que considere ‘intimidatorias’, situación que da por sentado ese ‘poder’, pero no resuelve sobre el fundamento de esa facultad y de los límites del derecho a castigar.”

“b) Se objeta también esta teoría, que no se ha podido probar el efecto intimidatorio y que no pocas veces el aumento de las penas, inclusive la inclusión de la pena de muerte no repercute en la disminución de hechos delictuosos, y a veces se presenta el fenómeno de un aumento a la criminalidad.”

“c) Se agrega que la prevención general parte de la consideración de dirigirse a todos pero resulta que son una minoría la que viola la ley. Por ello Kant se pronunció en el sentido de que no es justo que se imponga un mal a alguien para que otros se abstengan de cometer un mal.”<sup>171</sup>

De lo anterior se desprende, el fin de la prevención general es lograr la prevención del delito mediante la intimidación, se llama “general” porque se dirige a todos. En esta teoría se busca que las consecuencias de la comisión de un delito sean lo suficientemente apropiadas para lograr que nadie pretenda caer en los supuestos previstos por las normas como delitos.

Como se desprende dicha teoría fue criticada por no poderse demostrar que las consecuencias intimidatorias del delito sean eficaces para reducir los hechos delictuosos y que inclusive a veces hasta los aumentan, también se señala que el efecto intimidatorio ha llegado a excesos meritorios de llamarlo “terror penal”. De igual forma citando a Kant, se señala que no es justo que se ponga un mal a otra persona para que otros se abstengan a cometer un mal.

Nosotros consideramos también que se puede hacer la misma crítica de la teoría de la retribución, en el sentido de que al cometer una persona un delito se hace un mal a la sociedad y al castigarlo, en lugar de readaptarlo, se efectúa otro mal.

---

<sup>171</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Ob cit*, p. 173



### 4.2.3. Prevención Especial.

Referencias:

#### “B. PREVENCIÓN ESPECIAL”

“En una primera época del Estado capitalista, como Estado liberal reducido a funciones de mera vigilancia, las teorías retributivas y de prevención general podían aparecer como suficientes. Un desarrollo posterior del Estado capitalista hacía necesaria una readecuación de la concepción de pena: se creó la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales y un asentamiento del modo de producción capitalista.”

“La pena no podía seguirse entendiendo como la simple restauración del orden jurídico(retribución), o como la intimidación de la colectividad a través de la pena(prevenición general negativa). La pena pasa ahora a garantizar la defensa de un nuevo orden social; de ahí deviene la dirección de la ‘defensa social’. El Estado se ve en la obligación de intervenir directamente sobre los individuos: de un Estado guardián se pasa a uno intervencionista; el delito es considerado como daño social antes que como vulneración del orden jurídico; el delincuente se concibe como peligroso socialmente. Surge así la prevención especial como finalidad.”

“La prevención especial tuvo amplia acogida gracias a los aportes del positivismo criminológico, pues al hacer del delincuente el centro de atención del derecho penal de la pena, o mejor la medida, iba encaminada directamente al sujeto por la peligrosidad que representaba. ...”<sup>172</sup>

“Con la prevención especial se trata de evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles por parte de quien ya ha transgredido el ordenamiento penal, razón por la cual algunos prefieren hablar de medidas y no de penas. La pena supone la libertad o racionalidad del hombre, y la medida, en cambio, considera que quien ha delinquido es un sujeto peligroso, diferente del normal, al que debe tratarse de acuerdo con sus especiales características. De lo que se trata es de corregirlo, resocializarlo(prevenición especial positiva) o inocularlo(prevenición especial negativa).

“No se puede negar, afirman los seguidores de estas corrientes, que en la mayoría de los casos, en la etapa de ejecución de la pena,

---

<sup>172</sup> Ruiz, Carmen Eloisa. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* pp.33-34

resulta indudable el interés en el logro del objetivo resocializador (prevención especial positivista), sin desconocer que a su vez lleva implícita la intimidación del sujeto.”

“Cobra gran importancia la prevención especial en el momento de individualización judicial de la pena, sobre todo en lo que hace referencia a agravantes y atenuantes. La razón: varios ordenamientos tienen en cuenta la personalidad del delincuente, aspecto que a su vez es importante para efectos de sustitutivos penales, como son la libertad condicional y la condena de ejecución condicional.”

“A la prevención especial se le han señalado, entre otras, las siguientes críticas: “

“1. La imposibilidad de limitar temporalmente el *ius puniendi* del Estado justificaría la imposición de penas privativas de la libertad de manera indefinida, hasta conseguir la corrección definitiva. ...”

“2. Se debe rechazar la resocialización como imposición coactiva de un determinado marco de valores a quien ha delinquido, pues se entraría en abierta contradicción con los principios de un Estado de derecho, tales como el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad.”

“3. Algunos autores plantean que es absurdo resocializar si es la misma sociedad la que ha llevado al individuo a delinquir.”

“4. Se señala la imposibilidad de llevar a la praxis la idea de resocialización por la misma infraestructura del Estado. Nadie puede desconocer que, en la práctica, con las penas privativas de libertad no se ha logrado la resocialización del sujeto que ha delinquido. Por el contrario, puede afirmarse que las prisiones constituyen un factor criminógeno de nuestra actual sociedad.”<sup>173</sup>

### **“C. Prevención especial”**

La prevención especial persigue como meta apartar al autor de futuros delitos. En general, se distinguen tres aspectos:”

“1. La denominada ‘prevención especial negativa’, esto es, el aseguramiento de la sociedad frente a autores, mediante su reclusión;”

“2. La intimidación del autor, y”

“3. La denominada ‘prevención especial positiva’, esto es, la corrección, resocialización o socialización del delincuente.”<sup>174</sup>

<sup>173</sup> Ruiz, Carmen Eloisa. *Ob cit.* pp. 33-35

<sup>174</sup> Lesch, Heiko H., traducido por Javier Sánchez Vera Gómez-Trellez. *La función de la Pena*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 53

En esta teoría se centra el estudio de la función de la pena desde el delincuente y no desde el hecho, se le otorgan dos funciones principales, la de asegurar a la sociedad frente a los autores del delito, que es la prevención especial negativa y la corrección y resocialización de los delincuentes, que es la prevención especial positiva. Aunque también se desprende otro aspecto, el de intimidación del delincuente, con el fin de que no esté motivado a volver a delinquir.

De igual forma de lo anteriormente expuesto, se critica que la teoría no tenga límites a las medidas correctivas que imponga el Estado, lo cual puede llevar al abuso de dichas medidas, pudiendo de llegar al extremo de convertirse en un estado totalitario.

**No estamos de acuerdo con la tercera de las críticas que aparece en el libro de Carmen Eloisa Ruiz López, crítica que señala que no se debe readaptar al delincuente a la sociedad, pues fue la misma sociedad la que lo llevó a delinquir, esto en virtud de que no se considera correcto culpar a la sociedad por los delitos que una persona haya cometido, a veces puede influir únicamente parte de ella, como lo es la familia o el grupo de amigos, los cuales una vez que se resocialice se puede apartar de ellos y así adaptarse a la sociedad.**

La cuarta crítica va dirigida a la pena privativa de la libertad, pero únicamente cuando se priva de la libertad con el fin de readaptar a la persona a la sociedad, en este sentido se considera que en la práctica se desprende que no siempre ayudan a la readaptación social del delincuente, incluso que después de ser recluso sale peor, dado que en los centros de readaptación por el tipo de gente que está recluida, propicia a que salgan con mas malicia, siendo así mas peligrosos que cuando entraron. Sin embargo, esta crítica está enfocada a como se manejan los centros de readaptación social en la práctica, mas que a criticar los fundamentos substanciales de la teoría.

#### **4.2.4. Teorías Modernas de los Fines de la Pena.**

Entre las teorías modernas encontramos la teoría de la prevención general positiva fundamentadora de Günther Jakobs, misma que estudiamos de la obra consultada de Carmen Eloisa Ruiz López y la teoría de Roxin, que estudiamos de la obra consultada de Octavio Alberto Orellana Wiarco.

##### **4.2.4.1. Prevención General Positiva Fundamentadora.**

## Referencias:

### “A. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA FUNDAMENTADORA”

“Se puede citar a Welzel como partidario de la prevención general positiva fundamentadora (pese a que nunca lo señaló de manera expresa). Dentro de su concepción de la función ético-social del derecho penal, Welzel pretendía influir en la conciencia de los miembros de una colectividad en relación con su actitud interna frente al derecho.”

“También Jakobs propugna la prevención general positiva fundamentadora, y coincide con Welzel en buscar que la colectividad sea fiel al derecho, rechazando que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos. El derecho penal tiene como única finalidad el garantizar la función orientadora de las normas jurídicas; estas normas tratan de estabilizar e institucionalizar expectativas sociales y sirven así de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. La prevención general positiva fundamentadora, así entendida, permite y obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de bienes jurídicos.”<sup>175</sup>

Como se hace notar, la teoría de la prevención positiva fundamentadora, se pretende influir en la conciencia de los miembros de una sociedad para que así prevenir la prevención del delito, es decir, es la conciencia de las personas la que les pide que respeten la vigencia de la norma.

#### 4.2.4.2. Teoría de Roxin:

Referencia tomada de la obra de Orellana Wiarco:

#### “4. FUNCIÓN DE LA PENA.”

“Para Roxin fundamentar la pena en la forma en que fueron expuestos los criterios retribucionistas, prevención general y prevención especial, no es lo adecuado y propone que la política criminal debe plantearse como una estrategia social en que la pena corresponda a la culpa del sujeto, en forma proporcional entre el hecho y la pena y que su resocialización respete en forma destacada su dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella emanen, en los límites del principio de culpabilidad.”

---

<sup>175</sup> Ruiz López, Carmen Eloisa apoyándose en Jakobs y Welzel. *Ob Cit.* p.37

“ ‘Una ejecución penal sin oferta de socialización e interés en el tratamiento... significa para nosotros en la realidad deshumanización y un paso atrás’, son palabras del director de la División de Criminología del prestigiado Instituto Alemán Max Planck de Friburgo, que resume la posición funcionalista en torno al papel de la Política Criminal y el Derecho Penal.”

“Claus Roxin con claridad señala que su concepción es la siguiente: el ‘fin de la pena es exclusivamente la prevención y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención general hay que entenderla no en primer lugar como prevención intimidatorio negativa, sino como prevención integradora positiva. Esto significa la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada.’.”

“Ahora bien, la pena, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, avanza sobre la idea de que su función es resocializadora, por lo que en los delitos no graves debe de optarse por sanciones que no impliquen la prisión, y para los graves el delincuente debe ser enviado a establecimientos socialterapéuticos para que con ayuda psiquiátrica, psicológica, pedagógica, laboral, se le pueda reinsertar a la comunidad. A esta especial función de la Política Criminal, le concede Roxin, el papel relevante, en relación al Derecho Penal.”

“Sin embargo, el propio Roxin acepta que el camino para afianzar la propuesta de una Política Criminal de carácter *preventivo resocializador* se ha visto obstaculizada por las exigencias económicas que requieren las instituciones que permitan ‘el tratamiento resocializador’, además de posturas conservadoras que consideran que la pena debe recobrar su papel aflictivo, o de posiciones de izquierda que piensan que la pena no debe ser preocupación para la reintegración del delincuente, sino el cambio de las condiciones sociales que lo llevaron a delinquir. Para Roxin estas posiciones han impedido una Política Criminal adecuada, pues la pena con un mero carácter aflictivo, o sin una clara visión resocializadora, han demostrado su ineficacia.”

“Agrega Roxin que la prevención especial está orientada a una socialización del autor del delito en donde se privilegie el tratamiento sicoterapéutico. Este tratadista rechaza la crítica de que un programa de derecho penal que se apoye en la política criminal de tratamiento no

es financiable, pues argumenta que la mayoría de los delitos (el 85% en la República Federal Alemana) reciben pena pecuniaria, a los que hay que sumar las penas privativas de corta duración que requieren tratamiento, de esta manera sólo las penas de un año a cinco permite una ejecución de tratamiento lo que reduce considerablemente el número de aquellos que requieren ayuda resocializadora y terapéutica. Además-agrega este penalista- de un sujeto resocializado debemos esperar que no reincida, lo que significa un argumento más a favor de esta posición.”

“Para la sistemática funcionalista el Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia en común y que aseguren condiciones que satisfaga una vida ordenada y pacífica, bienes que no sea posible proteger por otras instancias del derecho, por ejemplo administrativos, civiles, etc. La política criminal debe partir de la anterior premisa para cumplir a través de la función de la aplicación de la pena para lograr la resocialización.”

“De esta manera ‘las conminaciones penales se justifican, sólo y siempre por la necesidad de protección preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones que sean esenciales a la comunidad’.”<sup>176</sup>

Aunque Roxin se funda en las teorías general y especial preventivas, ambas ninguna tiene fines intimidatorios, sino tienden a buscar la readaptación social integradora del delincuente, principalmente a través de tratamiento sicoterapéutico, siempre humanizando al delincuente, pues también él considera que las penas severas no siempre ayudan a reducir la infracción de la norma penal.

Sin embargo, para aplicar dicha teoría es necesario contar con un presupuesto, es decir, su aplicación no depende nadamás de la doctrina, sino entran los factores prácticos y reales. Sin embargo, el monte del presupuesto necesario, depende en gran medida de las normas, pues como se desprende de lo anteriormente transcrito, en Alemania, 85 % de los delitos reciben sanción pecuniaria, otra parte tiene penas privativas de libertad de corta duración que requieren tratamiento, siendo así únicamente los casos de penas con duración de uno a cinco años, las que requieren ayuda resocializadora y terapéutica, esto con el fin de que ya que se haya cumplido el tratamiento la persona no vuelva a delinquir.

---

<sup>176</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto citando a Roxin y al Director de la División de Criminología del Instituto Alemán Max Planck de Friburgo. *Teoría del Delito...* pp. 175-176

De los fines de la pena anteriormente expuestos, nosotros consideramos que los mas adecuados son los modernos, es decir, el de Jakobs y el de Roxin. Del primero de ellos destacamos la idea de que el delito sea prevenido por la conciencia de las personas que integran la sociedad, pues así en primer lugar se lograría que cada persona integrante de una sociedad respete las normas de la sociedad por sí misma y no mediante la intervención del estado cumpliendo así con sus expectativas.

Para que eso suceda, es importante que cada persona integrante de la sociedad, este conciente de que cuando cumple con sus expectativas, se benefician tanto los demás integrantes de la sociedad como la persona misma.

Creemos que la tesis de Roxin es igual de buena que la de Jakobs en su aspecto preventivo, pues también pretende que la prevención del delito sea no mediante intimidación ni mediante imposición de penas severas, sino mediante integración positiva.

Consideramos que el fin de la pena debe ser la resocialización en la forma expuesta por Roxin, sin embargo, para que ella sea adecuada, también se debe buscar la manera de que se reduzcan las penas privativas de libertad y se puedan implementar las medidas rehabilitadoras con un presupuesto bajo, pero para que ello sea funcional también es necesario contar con una prevención general positiva fundamentadora, como la señalada por Jakobs, para que así el Estado no tenga que invertir tantos recursos en prevenir el delito y sea la conciencia de cada persona la que lo hace.

#### **4.3. La Necesidad de la Pena.**

Otra de las novedades del funcionalismo a la teoría del delito es la necesidad de la pena, la cual se agrega como elemento en la responsabilidad, lo cual se hace evidente al dar lectura a la obra consultada de Díaz Aranda, que en su parte conducente dice:

#### **“4. RESPONSABILIDAD”**

“ ‘Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él.’ Haciéndose ‘acreedor, desde los parámetros

del Derecho Penal, a una pena'. Son pues **dos los elementos** que conforman a la categoría de la responsabilidad en el sistema funcionalista: **culpabilidad y necesidad de la pena.**"

**"a) CULPABILIDAD.** Ya he dado cuenta antes de la evolución y problemas que ha enfrentado el concepto de culpabilidad, en aquello que de relevante tenía para el dolo, en cada uno de los sistemas del delito. Por ende, en este apartado me limitaré a transcribir la concepción de ésta dada por Roxin: 'El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto juridicopenal pese a que(todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforma a derecho'.<sup>177</sup>

**"b) NECESIDAD DE LA PENA.** Indudablemente la mayor aportación de la teoría funcional es la dirección política criminal que ha dado a la pena, la cual marca la directriz de la interpretación dogmática-jurídica y no al revés como se venía realizando. Es decir, si antes importaba más el análisis de los elementos del delito y la determinación de la penal era una cuestión secundaria, ahora se debe tener en cuenta primero cuáles son los fines de la pena para determinar si la interpretación dogmática que se realiza es acorde en sus resultados con dichos fines."

"Con respecto a las teorías de la pena, la comisión de un hecho doloso o culposo presuponía, en los sistemas clásico y neoclásico del delito, su punibilidad y ello también era así en el finalismo cuando la conducta además de típica era antijurídica y culpable."

"No obstante, los replanteamientos del funcionalismo han conducido a concebir los fines de la pena como un criterio de determinación junto con la culpabilidad. Por ello se habla ya de 'responsabilidad' y no solo de culpabilidad."

"La culpabilidad sirvió hasta antes del sistema funcional como criterio de medición de la pena hacia arriba(el monto máximo de merecimiento de la pena) y hacia abajo(el mínimo por imponer). Pero ello suponía que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer necesariamente una pena, aunque ésta fuera mínima."

"Con el funcionalismo, en cambio, la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba(no puede pasar del máximo de su culpabilidad) pero deja de ser determinante hacia abajo. Me explico: una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable y sin embargo no

---

<sup>177</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Roxin. *Dolo...* pp. 106-107.



ser punible cuando los fines de la pena así lo indican, quedando excluida, por tanto, la responsabilidad como categoría del delito.”

“Así por ejemplo, cuando se trata de un pequeño robo, de un sujeto que no necesita ser resocializado; es más, su reclusión crearía más perjuicio que beneficio tanto a él como a la sociedad, resultaría que la prevención especial quedaría excluida y también lo sería la prevención general negativa si esa conducta, además, no causa alarma social y por tanto no resulta necesaria su sanción para confirmar la observancia de dicha norma por el resto de la sociedad. Ante supuestos como éste, el sistema funcional opta por acudir a otro tipo de penas, como pudieran ser las económicas o administrativas, y reducir al máximo la imposición de la pena de prisión.”<sup>178</sup>

“Cabría hacer una precisión, pues si el fin del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho es prevenir las lesiones graves a bienes jurídicos fundamentales, ello no significa que todas esas lesiones se deban prevenir a través de la imposición de sanciones penales. Pues, como recordaremos, la aplicación de una pena de prisión supone una lesión a un bien jurídico fundamental: la libertad, el cual, después de la vida, es el bien mas valioso para el ser humano. En consecuencia, se deben preferir otros medios para prevenir esas conductas antes que echar mano del Derecho penal; por ejemplo: medidas de política social, sanciones civiles o administrativas. Esa restricción del uso del Derecho penal obedece al principio de intervención mínima o de *ultima ratio*.”

“Además, la pena que se imponga a quien ha cometido un delito deberá estar sujeta a otro principio básico: proporcionalidad. A través de la historia de la humanidad se ha impuesto la pena de muerte, penas corporales(marcas, azotes) y la pena privativa de la libertad; sólo esta última obedece al principio de humanidad de las penas y de dignidad del individuo. Por ello la pena debe ser proporcional al hecho cometido atendiendo a la nocividad social de la conducta, de ello se deduce que un abuso del Derecho penal si se quisiera sancionar al individuo con pena de muerte al tercer robo.”

“Lo antes dicho implica otro principio: la resocialización. Las penas deben evitar la marginación del sujeto que es sancionado, pues el Derecho a la participación de todos los ciudadanos en la vida social

---

<sup>178</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...*p. 107-108.

no se pierde al cometer un delito, sólo se suspende y una vez cumplida la pena se debe dar una nueva oportunidad.”<sup>179</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende el concepto de culpabilidad en el funcionalismo, que expone Díaz Aranda citando a Roxin, donde se desprende que es básicamente al del finalismo, pues se señala que es culpable aquél que libremente escoge tomar la conducta ilícita estando en posibilidades de actuar conforme a las exigencias de las leyes.

Sin embargo, en el funcionalismo, se agrega la necesidad de la pena que se estudia en la sede de culpabilidad. Como lo menciona Díaz Aranda, tanto en el sistema causalista como el finalista, se medía la pena hacia arriba, el monto máximo de merecimiento de la pena, y hacia abajo, el monto mínimo de la pena a imponer. Esto implicaba que una vez el hecho fuera típico, antijurídico y culpable tenía que aplicarse una pena, ya sea máxima o mínima.

Según lo expuesto por Díaz Aranda, la culpabilidad, sigue siendo una medida de la pena hacia arriba, pero deja de tener límite cuando es hacia abajo. Lo cual implica que una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable, pero no ser punible si los fines de la pena así lo indican.

Esto sucede en casos de delitos menores, donde las personas que los cometan no necesitan ser resocializados, la reclusión los perjudicaría mas a ellos, como a las demás personas de la sociedad, quedando excluida tanto la prevención especial como la general negativa, si la conducta, no causa una alarma a la sociedad que haga necesaria la sanción para confirmar la vigencia de la norma por el resto de la sociedad. En estos casos, lo que se busca en el funcionalismo se busca acudir a otro tipo de penas como lo son las económicas o administrativas y reducir al máximo las penas privativas de libertad.

Lo anterior en virtud de que el aplicar las pena de prisión, implica la lesión a la libertad, bien jurídico fundamental, que después de la vida, es el bien mas valorado por el ser humano. Por ello se busca prevenir conductas por otros medios antes de acudir al derecho penal.

Asimismo, se menciona sobre la proporcionalidad de la pena, la cual debe ser acorde a la gravedad que se ocasionó a la sociedad con el hecho cometido.

---

<sup>179</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...* p. 109

#### 4.4. Imputación Objetiva.

Mediante la imputación objetiva, se determina si un resultado le puede ser imputado objetivamente a una persona, según lo investigado hay varias teorías de la imputación objetiva, inclusive su desarrollo está en evolución todavía, por lo que enseguida se exponen las mas reconocidas que son las de Claus Roxin y las de Günther Jakobs.

##### 4.4.1. La Imputación Objetiva según Claus Roxin.

Enseguida se exponen los criterios en los que Roxin se basa para determinar si a una persona le es imputada objetivamente un resultado, deducidos de las referencias obtenidas de la obra consultada de Díaz Aranda y la de Claudia Díaz López titulada “Introducción a la imputación objetiva”, en que ambos autores hacen un estudio de la teoría de la imputación objetiva de Roxin:

*“i) Creación de un riesgo no permitido*

*“Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo.* En estos supuestos existe un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión del bien.”

“Por ejemplo, si el sujeto activo observa a un peatón quien despreocupadamente cruza la calle sin percibir que se aproxima a gran velocidad un auto, ante lo cual empuja al peatón que al caer se lesiona. Ciertamente es que causalmente el sujeto ha provocado la lesión y ha querido empujarlo, con lo cual también se puede sostener que pudo aceptar la lesión, pero también lo es que con ello ha evitado que el peatón hubiese sido arrollado sufriendo lesiones de mayor gravedad o incluso la muerte.”<sup>180</sup>

“Para que la disminución del riesgo excluya la tipicidad de la conducta no basta el hecho cuantitativo de reducir el peligro para un bien jurídico. Es necesario que, además, se reúnan los siguientes requisitos:”

“1. Debe tratarse de un mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a otro sujeto. ...”<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* pp. 86-87

<sup>181</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 68

“2. Que exista una misma relación de riesgo. Por consiguiente, podrá afirmarse la imputación del resultado, cuando quien realiza la acción de salvamento introduce una nueva relación de peligro contra un determinado bien jurídico. ...”<sup>182</sup>

“3. Que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro. ...”<sup>183</sup>

“*Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro.* El peligro de lesión de bienes jurídicos que representan determinadas conductas desde una perspectiva *ex ante*, sirve como criterio para excluir conductas que pese a ser las causantes de resultados no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro.”

“En el supuesto clásico de quien envía a otro por leños durante una tormenta para que muera fulminado por un rayo, lo cual acaece en la realidad, queda excluida la imputación del resultado muerte a la conducta de mandar a otro por leños y lo es porque desde una perspectiva *ex ante*, dicha conducta no aparece como peligrosa para el bien jurídico vida. ...”<sup>184</sup>

“b) *Exclusión de la imputación por falta de creación de un peligro jurídicamente relevante.* En este supuesto, entran en consideración tres aspectos:”

“1. Todas aquellas conductas que valoradas *ex ante*, es decir, en el momento de realización y no cuando el resultado se ha producido no representan ningún peligro relevante para un bien jurídico. Se trata de aquellos casos en los cuales, si bien el autor no ha reducido el riesgo de lesión de los bienes jurídicamente protegidos, tampoco los ha incrementado en forma considerable. ...”<sup>185</sup>

“2. Las conductas que, si bien llegan a significar un peligro relevante para un bien jurídico, son consideradas socialmente adecuadas. Esta hipótesis es diferente a la anterior, porque en este caso, *ex ante*, el supuesto crea un peligro; no obstante, el resultado producido no le es atribuible, porque se trata de riesgos aceptados socialmente; si no media una prohibición legal expresa, son legitimados por la sociedad

---

<sup>182</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, ... p. 69

<sup>183</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, ...p. 69

<sup>184</sup> Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* pp. 88-89

<sup>185</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, ...p. 70

en virtud de que forman parte del acontecer diario, y viven conjuntamente con el hombre. ...”<sup>186</sup>

“3. Conductas que no incrementen en forma medible un peligro ya existente. Aquí se discute el problema teórico de si alguien puede ser sancionado por el delito de inundación cuando vierte un jarro de agua en una represa, ocasionando conello(sic) el desbordamiento de ésta, por el rompimiento de un dique. No obstante que causalmente le puede ser atribuido, el resultado no puede serle imputado al agente, porque los peligros que quiere evitar la norma penal no se ven incrementados por una cantidad mínima de agua.”<sup>187</sup>

“*Creación de un peligro y desarrollos hipotéticos de la causalidad.* Se trata ahora de resolver la pregunta referente a su en el juicio se acerca la creación de un riesgo se pueden considerar cursos causales hipotéticos. Es decir, si tiene valor la afirmación de que, en caso de que alguien no hubiera ocasionado el resultado, posteriormente éste se hubiera producido de todas maneras, por acción de otra relación causal. Por ejemplo, afirmar que a pesar de que el médico incurrió en una infracción a la *lex atri*, la muerte se presentaría inexorablemente en una fecha posterior, porque se trataba de una enfermedad incurable.”

“Si bien es verdad que estos sucesos son irrelevantes en el plano de la causalidad, también lo es que ellos podrían tener efectos excluyentes en el campo de la imputación. No obstante que en este aspecto quedan muchos puntos esclarecer, existe acuerdo en relación con la situación más importante: la imputación no puede ser excluida sólo porque un autor sustituto estaba listo para reemplazar al autor, en caso de ausencia de este(principio de toma de posición). En el caso de fusilamientos ilegales durante la guerra, un autor no podría excusarse con el peregrino argumento de que en el caso de él haberse negado a ejecutarlo, otro se hubiera hecho cargo del fusilamiento. ...”<sup>188</sup>

“En los casos planteados puede afirmarse la imputación en virtud del principio según el cual, el ordenamiento jurídico no puede revocar sus prohibiciones sólo porque otro estuviera dispuesto a cometer la misma trasgresión. Postulado que también tiene validez cuando el autor sustituto ha actuado conforme a derecho. Quién tala un árbol ajeno, cuyo dueño hubiera querido talarlo él mismo, continua siendo

<sup>186</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, ... p. 70-71

<sup>187</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, .... p. 71

<sup>188</sup> López Díaz Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, ... p. 72

responsable por daño en bien ajeno. De igual manera se debe juzgar el caso teórico, en el que un particular aparta mediante la fuerza al verdugo y pone a funcionar en su lugar la silla eléctrica, pues la legislación sólo les permite a determinadas personas o funcionarios la ejecución de esas acciones.”

“Algunos autores aceptan la exclusión de la imputación en los casos de cursos causales hipotéticos, cuando se trata de bienes jurídicos con contenido patrimonial. Así, por ejemplo, si alguien da muerte a un animal envenenado, que de todas maneras fallecerá posteriormente, no le es imputable este hecho como daño en bien ajeno; tampoco a quien destruye algo que necesariamente será alcanzado por el fuego.”<sup>189</sup>

“d) *La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido.* Aun cuando el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, se excluye la imputación si se trata de un riesgo permitido. Es decir, conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos pero dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico, o dentro de los parámetros que ha venido configurando históricamente la sociedad. En el ámbito del riesgo permitido se encuentran, entre otros, todas las formas de transporte público (por aire, por agua, por vía férrea); el funcionamiento de plantas industriales (especialmente aquellas de alta peligrosidad); la práctica de ciertos deportes arriesgados; el tratamiento médico en el marco de la *lex artis*, etc.”

“Prototipo del riesgo permitido es la conducción de un auto, siempre que se observen las normas que regulan el tráfico en las vías públicas. Por ejemplo, si A atropella a B, a pesar de haber observado todas las reglas de cuidado que le impone la conducción, se considera que el primer causó la muerte del segundo, pero el resultado no le es imputable (la conducta es atípica), porque no creó un riesgo jurídicamente desaprobado. Su conducta está dentro del riesgo permitido y, por consiguiente, a pesar de la causalidad, no ha cometido el delito de homicidio, en el sentido del tipo correspondiente. Sólo cuando existe trasgresión del riesgo permitido se crea un peligro, cuya realización hace que el resultado sea considerado como una acción típicamente imputable.”<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, ... p. 73-74

<sup>190</sup> López Díaz, Claidia. *Introducción a la imputación objetiva*,...p. 74-75

“ii) *Realización del riesgo no permitido*”

“*Exclusión de la imputación por falta de realización del peligro.* Existen supuestos en los cuales se ha realizado una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero la lesión de dicho bien se debe a otro curso causal imprevisible aunque relacionado con el riesgo original. Ilustra claramente lo anterior el supuesto de quien dispara a su víctima (conducta peligrosa para el bien jurídico vida), pero la bala sólo la hiere, por lo cual ésta es trasladada al hospital donde posteriormente ocurre un incendio en el cual perece dicho herido (resultado derivado de un curso causal distinto al original). O bien la muerte del herido puede ser causada por una intervención quirúrgica realizada con bisturí infectado o por la infección posterior derivada de la omisión de la enfermera al dejar gasas en el cuerpo del herido al saturar.”

“En los supuestos anteriores, pese a que el peligro de la conducta coincide con el resultado final, no se puede imputar el resultado muerte por quemaduras en un hospital incendiado, o por infección, a la conducta de disparar una pistola, cuyo peligro es distinto al del incendio en el hospital o la infección derivada de conductas negligentes del personal sanitario. Pero lo anterior no excluye el peligro de la conducta de quien ha disparado con la intención de matar, por lo cual se puede imputar dicha conducta en el tipo de homicidio en grado de tentativa.”<sup>191</sup>

“...basta con que la conducta aparezca como peligrosa y que el resultado sea efecto del peligro que, desde una perspectiva *ex ante*, entraña la conducta para poder ser imputada al autor.”

“Así quien arroja a su víctima desde el décimo piso de un edificio con el fin de que ésta se impacte en el piso, la conducta encierra ya un peligro de muerte por el impacto del cuerpo contra una superficie sólida. De tal suerte si la víctima, antes de llegar al piso, tiene un primer impacto con una ventana de metal que se encontraba abierta en el tercer piso, la cual le causa lesiones en la cabeza que le producen la muerte instantánea y por tanto al llegar el cuerpo al piso ya estaba sin vida. La verificación de un proceso causal diverso al representado por el autor no excluye la imputación del resultado a su conducta, por el contrario, si que se le puede imputar el resultado porque es producto de la realización de un peligro creado por su conducta.”<sup>192</sup>

<sup>191</sup> Díaz Aranda, Enrique. Ob cit. pp. 94-95

<sup>192</sup> Díaz Aranda, Enrique. Ob cit. pp. 95-96

“2. Realización de riesgos”

“No hay relación de riesgos en las siguientes situaciones:”

“a) Cuando no se materializa el peligro. La imputación presupone que el riesgo desaprobado, originado por el autor, se haga realidad justamente en el resultado. Por lo tanto, se excluye en principio una imputación, cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídicamente protegido, pero el resultado no se puede considerar como realización de ese peligro, sino que solamente se encuentra en una relación fortuita respecto de él. A esta clase pertenecen los casos en los cuales se logra el resultado de una cadena imprevisible de eventos causales...”

Por el contrario, en las desviaciones de causalidad insignificantes, el resultado debe ser imputado cuando la acción tentada elevada el peligro posterior del desarrollo causal en forma jurídicamente relevante, lo que hace que el resultado sea la consecuencia de una adecuada realización del peligro creado por la tentativa. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de aquel que lanza a otro que no sabe nadar a las aguas de un río(sic), desde un puente alto con el fin de ahogarlo, pero este último muere como consecuencia del golpe; o cuando alguien intenta matar a otro con un hacha, pero la víctima no muere por los golpes, sino por la infección de las heridas.”<sup>193</sup>

“b) Exclusión de la imputación por falta de realización de un riesgo no permitido. En los caso del riesgo permitido, la imputación presupone la trasgresión de la frontera de permisión, y con esto la creación de un peligro desaprobado. Pero no hasta con dicha trasgresión, porque para poder imputar el resultado es necesario que la violación del riesgo permitido haya influido en la forma concreta del resultado. Un ejemplo lo constituye el siguiente caso juzgado por el Tribunal Supremo Alemán: durante una maniobra prohibida de adelantamiento vehicular se produce un accidente, porque una llanta del auto que la realiza explota repentinamente por fallas en el material(BGHSt 12,79). En este caso el conductor ha quebrantado el riesgo permitido, al sobrepasar a otro auto en condiciones no permitidas por el reglamento. Sin embargo, el resultado no le es imputable al infractor, porque el peligro creado por él no ha influido

---

<sup>193</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva...* p. 75-76



en su producción; éste es concreción de un riesgo distinto, que no ha sido producido por el autor.”

“También considera ROXIN que debe excluirse la imputación en casos en que la transgresión del riesgo permitido no es completamente irrelevante para el resultado concreto; sin embargo, el resultado no puede ser considerado como la realización del riesgo no permitido. Dos casos fallados por tribunales federales en Alemania, sirven de soporte a esta hipótesis: alguien muere de un infarto cardiaco, porque otra persona lo sobrepasó en forma peligrosa[O.L.G. Stutgart VRS 18(1960)356] o le causó un accidente leve(O.L.G. Karlsruhe. Jus 1977,52).”<sup>194</sup>

c) Exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. Se parte del principio de que las normas de cuidado que se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado, no tratan de evitar cualquier clase de resultados; su finalidad, estriba en prevenir resultados concretos. En consecuencia, si el daño producido no es de aquellos que la norma de cuidado trataba de evitar, no le es atribuible al sujeto. Ejemplo: Los reglamentos de circulación de algunos países establecen que cerca de las escuelas y colegios los automóviles deben limitar la marcha a una velocidad equivalente a la que emplea un transeúnte; si alguien que conduce a 60 kilómetros por hora colisiona en una de estas zonas apunta a proteger a los niños pertenecientes al estamento escolar; no a toda clase de peatones que transitar por ahí. Si se tratara de evitar accidentes relacionados con adultos, el tráfico automotor se hubiera limitado en todo caso a la velocidad permitida cerca de escuelas y colegios.”<sup>195</sup>

“d) Las conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo. Se trata de casos en los que alguien ha traspasado las fronteras del riesgo permitido. Sin embargo, se demuestra que aunque se hubiere observado el cuidado exigido, el resultado, con gran probabilidad, también se hubiera producido. En este sentido, se incluye el siguiente caso juzgado por la jurisprudencia alemana: el conductor de un camión quiere sobrepasar a un ciclista y

<sup>194</sup> López Díaz, Claudia citando a Roxin. *Introducción a la imputación objetiva*, ...p. 76-77

<sup>195</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*...pp. 77-78

no se mantiene dentro de la distancia lateral permitida. Durante la maniobra de adelantamiento prohibida, el ciclista, quien se encuentra en estado de ebriedad, cae bajo las ruedas posteriores del remolque, a causa de una maniobra súbita hacia la izquierda, producto de una acción instintiva. Se demostró en el proceso que el accidente también se hubiera producido, aun cuando el conductor hubiera mantenido la distancia legal exigida.”

“Para ROXIN, lo determinante en estos caso no es preguntarse si el resultado se hubiera producido con una gran probabilidad, aun observando una conducta reglamentaria. Lo que hay que indagar, es si la conducta contraria a la norma de cuidado elevó el riesgo de producción de un resultado. En consecuencia, **si en el caso planteado se demuestra que con una conducta reglamentaria la probabilidad de un resultado lesivo sería de un 70%, por ejemplo, y que con una conducta antirreglamentaria lo será de un 80%, ese incremento del riesgo de un 10% es suficiente para imputar el resultado, aun cuando en ambos caso**, aun cuando en ambos casos, con una gran probabilidad, el resultado también se hubiera producido con una conducta reglamentaria.”<sup>196</sup>

“ iii) El alcance del tipo. Como se ha expuesto, la elevación de un peligro por encima del riesgo permitido da lugar a la imputación al tipo objetivo; Sin embargo, aun ello tiene ciertas excepciones en las cuales es la propia víctima la que se pone en peligro con la participación de otros(autolesión) u otorga su consentimiento para que sea otro quien realice la conducta que le causará daño(heterolesión); de ello paso a ocuparme a continuación.”

“La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. A estos supuestos en los cuales la propia víctima se pone en peligro concurriendo la cooperación o participación de terceros, se les ha denominado también como supuestos de autolesión y, recientemente Cancio Meliá, bajo el rubro de imputación objetiva a la víctima.”

“La imputación a la víctima o imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se conforma de un conjunto de criterios normativos a través de los cuales se intenta determinar los supuestos en los cuales el resultado lesivo le es imputable a la propia víctima y no al sujeto activo, dando lugar a la exclusión de la tipicidad de la conducta de este último y por tanto la impunidad.”

---

<sup>196</sup> López Díaz, Claudia apoyándose en Roxin. *Introducción a la imputación objetiva...*p. 79

“Bajo estos presupuestos se encuentran los supuestos de autorriesgo asumidos por la propia víctima quien durante la conducta riesgosa cuenta con la participación de terceros. ...”<sup>197</sup>

“Dentro de esta problemática se incluye el caso presentado en Alemania en 1981, en el cual A le dio a B heroína para su propio consumo, sabiendo ambos de la peligrosidad de esta sustancia; B se inyecta la droga y muere por causa de sus letales efectos. Según la perspectiva de ROXIN, es evidente que A creó un peligro no tolerado socialmente, el cual se concretó en un resultado mortal. La jurisprudencia alemana había sancionado en estos casos por homicidio culposo, sin tener en consideración la autopuesta en peligro. Debido a la crítica de la doctrina, en 1982 el Tribunal Supremo Alemán modificó su criterio, y rechazó la imputación al tipo de homicidio, argumentando de la siguiente manera:”

“ ‘Si por decisión propia, se quiere y se hace realidad el que el mismo autor se ponga en peligro, no se considera como tipificado ni el delito de lesiones personales, ni el de homicidio, cuando se realiza el riesgo que conscientemente fue enfrentado y que acompaña a la postura de peligro.’ ”

“ ‘Quien únicamente causa, facilita o favorece una autopuesta en peligro, no se hace responsable ni de un delito de lesiones personales, ni de un homicidio.’ ”

“A partir de esta decisión, la nueva jurisprudencia no imputa la participación en una autopuesta en peligro responsable, si el propio actuante, lo mismo que quien presta la colaboración, hacen caso omiso del riesgo, en la misma medida.”<sup>198</sup>

## “2. El consentimiento en una autopuesta en peligro”

“En este grupo, se trata de circunstancias en las que alguien no se arriesga por sí mismo, **sino que se hace poner en peligro por otra persona, teniendo consciencia del riesgo existente.**”

“Ejemplo: en el norte de Alemania, dos personas querían ser transportados durante la tormenta al otro lado del río(sic) Memel. El conductor de la barca trató de disuadirlos y les señaló los peligros que implicaba la travesía en tales condiciones. Los pasajeros insisten y el

<sup>197</sup> Díaz Aranda, Enrique citando a Manuel Cancio Melia. Ob Cit. pp. 100-101

<sup>198</sup> López Díaz, Claudia citando a Roxin y al Tribunal Supremo Alemán. Ob Cit. pp. 82-83

transportador afronta el riesgo; finalmente se hunde y los pasajeros se ahogan.”<sup>199</sup>

“3. *El traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno*”

“En estos supuestos, alguien crea un riesgo jurídicamente desaprobado y éste riesgo se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno. Un caso fallado por la jurisprudencia alemana nos aclara esta figura: A conduce un camión en la oscuridad, cuya parte posterior no dispone de luces. Una patrulla de la policía lo detiene y lo amonesta, imponiéndole también una multa. Para darles seguridad a otros vehículos que transcurren por allí, uno de los agentes coloca una linterna de luz roja en la calzada. La policía le indica a A que se dirija a la estación de servicio más cercana, al tiempo que lo quiere seguir para asegurar la parte posterior no alumbrada. Pero antes de la partida, uno de los policías retira la linterna del piso. En ese momento, otro camión se estrella contra la pared del carro sin luces. El Tribunal Supremo Alemán condenó por homicidio culposo al conductor que transitaba sin luces en la parte posterior.”

“Este caso debe resolverse con el criterio mencionado. En efecto, a pesar de la causalidad, de la infracción al deber de cuidado(transitar sin luces) y de la concreción del riesgo no permitido, al conductor no se le puede imputar el resultado, pues en el momento en que el riesgo se realiza, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad, y al policía le era perfectamente evitable la producción del resultado.”<sup>200</sup>

“4. *Daños causados por un ‘shock’* ”

“Son perjuicios o menoscabos físicos que un tercero padece cuando tiene noticia de la muerte o lesión grave de una persona cercana a sus sentimientos. La pregunta es: ¿se pueden imputar los daños al primer causante? La respuesta ha de ser negativa, pues el fin de protección penal del homicidio o de la prohibición de las lesiones, no está en

---

<sup>199</sup> López Díaz, Claudia. Ob cit. p. 83

<sup>200</sup> López Díaz, Claudia. Ob cit. p. 84

preservar a otro de efectos corporales que se producen como consecuencia de un primer accidente.”<sup>201</sup>

“5. *Daños posteriores sobrevivientes*”

En esta situación se produce en la misma persona un segundo daño posterior, ocasionado por un primer accidente. Ejemplo: dos vehículos colisionan, y uno de los conductores resulta lesionado; como consecuencia, se le amputa una pierna. Años mas tarde, al andar con sus muletas, cae y se produce su muerte. ¿Le es imputable este resultado al primer causante? No le es atribuible, porque no está dentro del fin de protección de la norma evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente.”

“Otra cosa bien diferente ocurre, desde luego, cuando, sin solución de continuidad, la persona fallece después de una larga enfermedad causada por lesión.”<sup>202</sup>

Así pues la imputación objetiva según Roxin, consiste en una serie de criterios, en los que se determina si a una persona le es imputable objetivamente un resultado, todos los criterios giran alrededor del riesgo, dependen de él. Nosotros consideramos que son útiles para resolver problemas en la aplicación de la pena, pues en base a ellos se puede determinar la peligrosidad del sujeto y en consecuencia aplicar una sanción proporcional a su conducta, incluso absolverlo, pues de acuerdo a los criterios expuestos puede darse el caso de alguna persona que contravenga una disposición legal merecedora de una sanción penal, sin embargo se absuelva de acuerdo a la imputación objetiva, como el caso transcrito anteriormente de la persona que transita a una velocidad mayor a la permitida en una zona escolar a media noche, cuando no hay alumnos en la escuela, pero dentro del límite autorizado para las demás zonas de tránsito vehicular, atropella a un adulto que no es alumno ni tiene relación alguna de trabajo en la escuela causándole lesiones, el conductor en el caso previó todos los deberes de cuidado, por tanto, fundándonos en la imputación objetiva de Roxin, este caso lo resolvió en base al bien que busca proteger la norma que es la integridad física de los niños que estudian en dicha escuela, por lo cual aún y cuando transitaba por esa avenida a una velocidad mayor a la permitida para la zona escolar pero dentro del límite previsto para las demás avenidas, no se le debe imputar ese resultado, dado que él no causó al bien jurídico protegido por la norma, que son los niños estudiantes.

---

<sup>201</sup> López Díaz, Claudia. *Ob Cit.* p. 85

<sup>202</sup> López Díaz, Claudia. *Ob Cit.* p. 85

#### 4.4.2. La Teoría de la Imputación Objetiva de Günther Jakobs.

Dentro de otras obras consultadas en que se expone la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs, se encuentra la de Claudia López Díaz titulada “Introducción a la imputación objetiva”, de la cual se tomaron los siguientes apuntes:

“La sociedad no puede ser entendida como un sistema que tienda básicamente a la protección de bienes jurídicos, porque la realidad demuestra que ellos están expuestos constantemente al peligro. Así lo indica el desarrollo del transporte aéreo y marítimo; de la industria y la construcción, y así lo señalan, en general, los avances de la tecnología moderna. Su estructura apunta más bien a facilitar la interacción, es decir, el intercambio de bienes y servicios. Como se trata de conglomerados con variadas relaciones, la complejidad de estas sólo se reducen mediante la creación de roles, es decir, señalándole a cada persona un determinado *status* en la vida de relación; *status* que le genera a su vez, un haz de deberes y obligaciones. Esto implica que el hombre no debe ser considerado individualmente, sino como portador de un rol.”

“Con base en la asignación de funciones, la sociedad delimita ámbitos de responsabilidad, en el sentido de que su titular está obligado a lo que le compete dentro de las expectativas que genera el *status*. Lo demás, no le concierne. El rol asignado establece pautas de comportamiento para la administración de riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda expectativas sociales, así lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados. Ahora bien: si la teoría de la imputación objetiva debe elaborarse en la misma forma como se estructura la sociedad, los límites que señala el rol, son los mismos límites de la responsabilidad penal.”<sup>203</sup>

En anteriores renglones al estudiar el funcionalismo, se habló de la función que tiene un individuo en la sociedad y que la sociedad tiene las expectativas de que sean cumplidas. En los mismos términos se está refiriendo para empezar su estudio de la imputación objetiva, el individuo tiene un rol en la sociedad, lo que genera el *status*.

---

<sup>203</sup> López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 86-87

El status lleva consigo determinadas formas de comportamiento para administrar riesgos de los **bienes jurídicos, que están constantemente en peligro**, e incluso para protegerlos dentro de sus límites, lo cual genera las expectativas de la sociedad, es decir la sociedad espera que proteja los bienes jurídicos con los límites que su *status* le obliga, si se comporta conforme a las expectativas de la sociedad, entonces no defrauda a la sociedad, incluso, aunque se lesionen los bienes jurídicos o se pongan en peligro. Los límites del *status* de la persona son los mismos de la responsabilidad penal.

Enseguida se continúa con las notas deducidas de Claudia López Díaz:

“3. Al edificar el sistema de la imputación con base en la realidad social, no es la naturaleza la que enseña lo que es una acción, ni tampoco la ontología. El concepto de acción debe interpretarse dentro de la sociedad. Es decir que, la precisión acerca de si un comportamiento es o no jurídicamente relevante, proviene de las categorías sociales. En consecuencia, esta perspectiva implica el abandono del causalismo y finalismo, porque no es la causalidad, no tampoco la dirección final del comportamiento, lo que determina la ilicitud de una conducta. El criterio establece el contexto social. Por ejemplo, el delito de injuria no puede explicarse como causación o dirección final de un comportamiento. El eje central es el sentido social que un conglomerado le atribuye a una expresión. Sin ese significado, jamás podrá establecerse en un contexto si una expresión tiene o no sentido de difamación. Esto implica que la interpretación del suceso debe hacerse a partir de los esquemas sociales y no de la valoración individual. No se trata de una relación entre individuo y norma.”<sup>204</sup>

En efecto, en la teoría de la imputación objetiva no importa la finalidad del sujeto, ni la causalidad, sino el rol que tiene el sujeto en la sociedad, si cumple con lo esperado en base al mismo. Se determina si un resultado le es imputable objetivamente si no cumplió con lo que su rol en base a la sociedad le exigía.

“4. Los fundamentos de JAKOBS traen importantes consecuencias en la estructura del tipo penal. Por vía de ejemplo, enumeramos las siguientes:”

---

<sup>204</sup> Díaz López, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva...*p. 90

“a) Si se parte de que el delito es la defraudación de las expectativas que genera un status social, normativamente no existirá diferencia entre acción y omisión, porque no interesa desde un punto de vista naturalista determinar si el sujeto actuó o dejó de actuar. Precisar, por ejemplo, si el piloto de un avión aceleró indebidamente(acción) o no desconectó el regulador automático de velocidad(omisión), no interesa al momento de concretar una responsabilidad penal. Lo relevante es si defraudó las expectativas que genera su rol. Es decir, si violó no los deberes de seguridad que le impone la conducción de una máquina peligrosa.”

“b) La posición de garante, que tradicionalmente sólo era un elemento de los delitos de omisión, pasa a constituir también un elemento esencial en los delitos de comisión. Esto, en virtud de que la finalidad de la imputación es precisar si un suceso se encuentra o no dentro del ámbito de responsabilidad de un sujeto; si el hecho es de su incumbencia. Fijación que también es relevante en los delitos de acción, porque el ciudadano sólo está obligado a realizar aquello que se enmarca dentro de su rol. Es decir, sólo responderá si estaba dentro de su competencia evitar un determinado resultado. Lo demás no le concierne. En consecuencia, el deber de evitación no surge por el simple hecho de originar un(sic) relación causal; se origina de las expectativas propias del papel que ostenta el sujeto en la vida social. Ejemplo: un médico desconecta un aparato que prolonga artificialmente la vida de un paciente, quien, a consecuencia de ello, muere en forma instantánea. Aquí, a pesar de la causación, el médico no ha realizado una conducta típica, porque cuando el paciente entra en coma irreversible, el galeno no tiene el deber de prolongar artificialmente la vida del enfermo. Si en estos casos no es garante(no tiene deberes de evitación del resultado), el hecho no le es imputable.”<sup>205</sup>

De nueva cuenta, se menciona la importancia de la calidad de garante de una persona, un garante puede ser inclusive en la acción, pues lo que importa es si la persona cumplió con lo que se esperaba de él de acuerdo a su status y no la finalidad de su conducta o la causalidad en ella.

Se continúa con los apuntes de la referida obra:

---

<sup>205</sup> López Díaz, Claudia citando a Jakobs. *Introducción a la imputación objetiva...*pp. 90-91



“c) Para facilitar la interacción, la sociedad no prohíbe la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino que señala pautas de seguridad en la administración de los riesgos. De tal forma que si el ciudadano actúa dentro de los parámetros que la vida social diseña para el manejo de esos riesgos, su comportamiento está jurídicamente permitido y no constituye un ilícito penal, así lesione o ponga en peligro bienes jurídicos. En consecuencia, la causación, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la cognosibilidad y evitabilidad del daño, no son suficientes para la imputación de un suceso. Lo determinante es si el ciudadano se comportó dentro del ámbito de competencia que le es propio; si defraudó o no las expectativas que dimanaban de su *status*.”

“Ejemplo: alguien vende en una taberna bebidas alcohólicas a una persona que se encuentra embriagada y que posteriormente conduciría su vehículo. Si efectivamente se produce un accidente, el hecho no le puede ser imputado al encargado del establecimiento, a pesar de que existió causalidad, que le era posible prever el daño y que éste era evitable, porque no está dentro de su ámbito de competencia la seguridad viaria. Recordemos que sólo se puede imputar una conducta cuando se tiene una posición de garante frente al bien jurídico. Es decir, cuando el rol social le impone a alguien un deber especial de solidaridad o protección (competencia en virtud de una institución) o de seguridad o salvación (competencia en virtud de organización).”<sup>206</sup>

Como se apuntó en anteriores renglones al iniciar el estudio de la teoría de Jakobs, los bienes jurídicos siempre están en peligro, y la sociedad señala las formas en que se puede administrar los riesgos para que no se dañen los bienes jurídicos, así que lo que ocupa a esta teoría es determinar si el ciudadano en caso de lesionar un bien jurídico se comportó dentro del ámbito de las expectativas que le eran exigibles, si las cumplió.

De las notas que enseguida se exponen se evidencia la importancia del rol de un individuo en la sociedad:

“d) Si se parte de un concepto de acción, en el cual el esquema de interpretación del suceso lo determina la sociedad y no la valoración individual que pueda hacer el autor, en el plano de la imputación

---

<sup>206</sup> López Díaz, Claudia. Ob cit. p. 92

objetiva no puede hacerse distinción entre el delito doloso y culposos. En efecto, la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado, es independiente de la finalidad buscada por el sujeto. Por esto, se acepta la aplicación de riesgo permitido aun en casos de dolo. Ejemplo: El vendedor de armas, legalmente autorizado, que enajena un revólver a sabiendas de que será destinado a la comisión de un homicidio, no es cómplice en éste, porque el expendio de aquel instrumento peligroso está jurídicamente aceptado. El vendedor no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, porque vender armas con el cumplimiento de los requisitos legales, no defrauda el rol de vendedor. La aprobación o desaprobación del riesgo no depende de lo que el sujeto quiera con su acción, sino de la valoración social del suceso.”

“e) El hombre debe ser mirado en el plano de la imputación objetiva como portador de un rol, porque las expectativas de comportamiento se esperan de acuerdo con los deberes y obligaciones que el status genere, independientemente del sujeto individual que lo ocupe. Por ello, los conocimientos especiales que un hombre posea, por encima de los que tendría el titular normal del rol, no cuentan al momento de la imputación. Ejemplo: Si el conductor de un carro de servicio público, por haber trabajado con los organismos de seguridad del Estado, tiene conocimientos especiales que superan a un conductor normal, y gracias a tales conocimientos especiales puede detectar que un pasajero porta explosivos, no se le puede atribuir una participación en el hecho cometido por éste. El comportamiento del conductor de continuar prestando el servicio público a pesar de la tenencia ilegal de objetos peligrosos, no puede ser catalogado como complicidad en el hecho, pues no defrauda las expectativas sociales. En efecto, nadie espera de la función de conductor, una capacidad especial para detectar armas peligrosas.”<sup>207</sup>

Así pues, en la imputación objetiva no tiene la importancia que tenían en el finalismo los delitos culposos y dolosos, dado que en esta teoría el esquema de interpretación lo determina la sociedad y no la valoración individual, esto por lo ya señalado, de que esta teoría basa su fórmula en el status que tiene el sujeto con la sociedad, que como ya se apuntó, sólo defrauda a ésta en los casos que incumple con lo esperado por la sociedad de él.

---

<sup>207</sup> López Díaz, Claudia. *Ob Cit.* p. 93-94

Nosotros consideramos, que de lo anteriormente expuesto, se deduce que la fórmula de Jakobs para la teoría de la imputación objetiva se resume en lo siguiente: Si el sujeto cumple con las expectativas que exige su status entonces no puede ser imputado objetivamente, si no cumple, defrauda a la sociedad entonces es imputable objetivamente.

De lo investigado notamos que la teoría de la imputación objetiva sigue evolucionando<sup>208</sup> y los arriba transcritos son sólo unos criterios de las teorías de Roxin y Jakobs. Se expuso el tema con el fin de mencionar uno de los aportes mas importantes a la teoría del delito por parte de los teóricos seguidores del sistema funcionalista, lo anterior en virtud de que tanto la culpa y el dolo siguen estando ubicados en el tipo, al igual que en el sistema finalista<sup>209</sup>. La imputación objetiva es ubicada sistemáticamente en el tipo, como parte del tipo objetivo.

#### 4.5. Críticas a la Teoría Funcionalista

---

<sup>208</sup> Díaz Aranda menciona esto al menos en dos ocasiones en su obra consultada primero dice: “Cabe advertir que no existe todavía unidad sobre los rubros bajo los cuales se pueden identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación objetiva...” Díaz Aranda, Enrique. Ob Cit. p. 86 Después en páginas siguientes dice: “Como anuncié al inicio de este apartado, la teoría de la imputación al tipo objetivo está en pleno proceso de desarrollo, cuyo análisis y discusión está muy por encima de la exposición aquí realizada, la cual constituye apenas una visión demasiado genérica...” Díaz Aranda, Enrique. Ob cit. p. 104 En el mismo sentido se pronuncia Wolfgang Frisch al señalar: “Responder a la cuestión acerca de la situación actual de la teoría de la imputación objetiva no es tarea sencilla. Esta dificultad obedece, ante todo, al carácter sumamente difuso del objeto. La expresión ‘imputación objetiva’ suele utilizarse con contenidos considerablemente divergentes, de manera que para cada una de las formas de entenderla existe un estado actual de la discusión. ...” Frisch, Wolfgang traducido por Ricardo Robles Planas. *Sobre el Estado de la teoría del delito*, Primera Edición, Cívitas Ediciones, Madrid, 2000, p. 21

<sup>209</sup> Lo expuesto en relación a la ubicación del dolo en el tipo, igual que en el sistema finalista, encuentra sustento en lo expuesto por Díaz Aranda en su obra consultada, que enseguida se transcribe:

“Para adentrarnos en la conceptualización del dolo en el sistema funcionalista conviene recordad algunas premisas que han quedado debidamente demostradas a lo largo del capítulo anterior.”

“La primera es la ya indiscutible ubicación del dolo en el tipo y no en la culpabilidad...” Ver Díaz Aranda, Enrique. *Dolo...* p. 113. Por su parte, lo referente a la ubicación de la culpa en el tipo, se encuentra en la obra consultada, de Orellana Wiarco, que en su parte conducente dice: “7. LA CULPA EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA. La culpa la ubican a nivel del tipo y en ello coinciden con el sistema finalista. Consideran que una conducta culposa, en un caso concreto puede resultar justificada o exculpada, pero primero se decide si es culposa en el tipo. ...” Ver. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito...* p.180. Incluso Roxin, sostiene como uno de los aportes del finalismo el hecho de que se hayan los elementos subjetivos al tipo al señalar: “Para mi, el finalismo tiene el mérito de que usa los *elementos subjetivos* en el injusto, los ha descubierto y los ha mantenido...” Roxin, Caus, en el debate en torno a su conferencia “Normativismo, Política Criminal y Empirismo”, de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal “*Problemas Capitales del moderno Derecho Penal a principios del Siglo XXI*”... p.256

Según Díaz Aranda, las críticas al sistema funcionalista se hacen concentrar en que no se aportó nada significativo a la sistematización de los elementos del delito y que la teoría de la imputación objetiva, base esencial de la teoría del delito en el sistema funcionalista, no se ha determinado, esto se evidencia al dar lectura a la obra consultada del citado autor, que en su parte conducente:

**“B. CRÍTICAS AL SISTEMA FUNCIONALISTA”**

“Hirsch afirma que ‘a la reestructuración sistemática ocasionada por Welzel no han seguido nuevas concepciones dogmáticas que sean convincentes’. Sin embargo, toda la exposición precedente tan sólo de algunos de los conceptos trastocados en la teoría del delito a partir del sistema funcional, ponen de relieve lo desafortunado de esta afirmación.”

**“1. ¿ES NECESARIA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA?”**

Nuevamente Hirsch critica la indeterminación de los criterios o reglas de la imputación al tipo objetivo. Contra ello, se debe recordar que precisamente esta teoría está en pleno desarrollo y la fijación de definiciones precisas y sistematizadas no tardará mucho debido a la gran cantidad de estudios que se desarrollan para alcanzar ese objetivo.”

“Como quiera que sea, la productividad de los criterios o reglas ya existentes para imputar la conducta al tipo objetivo, se ha puesto de relieve al permitir solucionar satisfactoriamente los viejos problemas que tanto el sistema causalista(tentativa y omisión) como el finalista(culpa y omisión) fueron capaces de resolver.”<sup>210</sup>

**Nosotros consideramos que el problema mas grande que del sistema funcionalista es precisamente que no se ha uniformado la teoría de la imputación objetiva, lo cual incluso, pues basta ver lo expuesto en el apartado en que se estudio la misma para darnos cuenta que son diferentes la expuesta por Roxin y la de Jakobs. Pues en la primera se busca determinar si un resultado es objetivamente a una persona mediante un estudio del riesgo, y en la del segundo, va encaminada a resolver por medio de la calidad de garante de la persona a la que se le pretende imputar un resultado.**

**Díaz Aranda, señala que con tantos estudios que se han realizado sobre la teoría de la imputación objetiva pronto se llegará a uniformar la teoría,**

---

<sup>210</sup> Díaz Aranda, Enrique, citando a Hirsch. *Dolo...*p. 110-111

a este respecto, encontramos que de lo estudiado no se encontró alguna uniformidad. Inclusive, en las jornadas internacionales de derecho penal llevadas a cabo en el Centro de Estudios de Política Criminal en el Distrito Federal tituladas “Problemas Capitaless del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI” llevadas a cabo en octubre de 2002, ya citadas en anteriores páginas de este libro, donde por cierto participó Díaz Aranda, no se han llegado a determinar los criterios de la imputación objetiva, por el contrario todavía debatieron Roxin y Jakobs sobre cada uno de sus posturas, Roxin propone una teoría de la imputación objetiva casada en criterios de política criminal, empíricos y normativos<sup>211</sup>, mientras que por otra parte Jakobs es de la opinión de que la imputación objetiva deba ser basada en criterios normativos<sup>212</sup>.

Lo anterior se evidencia al dar lectura a lo expuesto en el debate llevado a cabo dentro del evento referido en el párrafo anterior, donde Jakobs se refiere a la conferencia de Roxin titulada “Normativismo, Política Criminal y Empirismo”, donde señala lo siguiente:

“...Roxin dice literalmente, aquí lo cito: ‘El normativismo y la referencia a lo empírico no son métodos de dogmática penal que se excluyan mutuamente, sino que se complementan’; y esta es mi objeción, lo que se debe complementar, en un primer lugar, tiene que existir este mundo normativo hay que desarrollar y no compendio de definiciones, sino mas bien como un continuo normativo...”<sup>213</sup>

“..., no soy ningún *normativista hostil* al empirismo sino opino que el mundo empírico es diferente del *mundo normativo*, acoplamientos estructurales de diferentes índoles siempre pueden existir, no lo excluyo.”

“Sexto, al final permítaseme un comentario acerca del juicio de Roxin, de que la doctrina de la *imputación objetiva* tenía una raíz de política criminal; en casos límite puede serlo así, pero seguramente no fue la intención de Roxin de querer violar una sociedad con cualquier política criminal. Las reglas de la imputación objetiva, la superación del riesgo

<sup>211</sup> Esto aparece en “Debate en torno a la conferencia ‘Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal’ de Claus Roxin. *Problemas Capitaless del moderno Derecho Penal a principios de Siglo XXI*, Primera Edición, Jus Poenale, México, 2003, pp. 243-245, 256

<sup>212</sup> Esto aparece en “Debate en torno a la conferencia ‘la idea de normativización en la dogmática jurídico penal’ ” de Günther Jakobs. *Problemas Capitaless del moderno Derecho Penal a principios de Siglo XXI*,... pp. 259-261, 275-277

<sup>213</sup> Jakobs, Günther citando a Roxin, en debate en torno a la conferencia de Claus Roxin titulada, *Normativismo, Política Criminal y Empirismo*, de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal “*Problemas Capitaless del moderno Derecho Penal a principios del Siglo XXI*”... p.244

permitido, la actuación bajo riesgo propio, el principio de confianza y la prohibición de regreso, estas reglas, *grosso modo*, deben haberse regulado ya en el seno de la sociedad si se quieren dogmatizar de manera exitosa;...”<sup>214</sup>

Así pues Jakobs critica la complementación que hace Roxin respecto al normativismo y empirismo, señalando que el mundo empírico es distinto al normativo, considerando que los criterios de la imputación objetiva de Roxin, para dogmatizarse de manera exitosa deben regularse primero en la sociedad.

Al respecto Roxin, contesta en el debate en torno a la conferencia de Jakobs, “Normativización en la Dogmática Jurídico Penal”, de la siguiente manera:

“b) No quiero extenderme demasiado, por eso quiero decir sólo algunas palabras en torno a la diferenciación entre *acción* y *omisión* que Jakobs utiliza constantemente para ejemplificar su idea de *normativización*. Es de hecho correcto que en un ámbito en el que los hombres tiene que observar derechos especiales, la diferencia óptica entre acción y omisión no tiene importancia; que el vigilante de la prisión con el fin de dejar escapar a los detenidos abra la puerta a través de la cual estos van a escapar, o simplemente es, en ambos casos, responsable por el delito de evasión de presos. Por eso desarrollé hace 40 años la categoría de *delitos de infracción de un deber*, que posteriormente ha sido construida desde el punto de vista sistemático, pero también enriquecida por Jakobs y sus discípulos; luego, tenemos también grandes coincidencias en este ámbito. No obstante esto, hay aquí también una diferencia esencial que considero de mayor importancia y que se refiere a la *empiría*. Es decir, el pensamiento básico, el punto de vista normativo del ámbito de deberes, queda vacío de contenido mientras no queda claro en dónde se fundamentan otros deberes; se fundamentan en una evidente base empírica que, como Schünemann han mostrado, se refieren al control sobre partes determinantes de la vida cotidiana. Quien dirige una planta industrial tiene el control de una determinada fuente de peligro y, debido a este, es decir, a un hecho empírico, tiene por ello el deber de evitar daños procedentes de la fuente de peligro; los niños pequeños, por mencionar otro ejemplo, se encuentran bajo el control de sus padres y, **debido a**

---

<sup>214</sup> Jakobs, Günther, en debate en torno a la conferencia de Claus Roxin titulada, *Normativismo, Política Criminal y Empirismo*, de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal “Problemas Capitales del moderno Derecho Penal a principios del Siglo XXI”... p. 245

**este hecho real**, los padres tienen el deber de alejar a sus hijos de peligros, sin importar que el peligro se origine en una acción, o bien en la omisión de cuidar al menor.”

“...El pensamiento básico, desde el punto de vista normativo, debe ser desarrollado en vinculación con la vida real; sólo así se alcanza una delimitación más clara de las posiciones de garante y se puede lograr una delimitación de la punición de omisión que por tanto tiempo ha faltado. La exigencia que he hecho en torno a la vinculación entre *normativismo* y *empirismo*, muestra aquí también su rendimiento.”<sup>215</sup>

De lo antes transcrito, se desprende que Roxin considera que el empirismo y el normativismo, no se excluyen sino se complementan, que los criterios para determinar que a una persona le es imputable un resultado, se resuelven mejor si se estudian desde el enfoque empírico y normativo, a que se estudien desde una perspectiva puramente normativista, como lo propone Jakobs.

Así pues, aunque se desprende que se sigue estudiando sobre la imputación objetiva, también se demuestra que no se han logrado unificar los criterios para determinar la imputación objetiva.

## **5. La aplicación del Causalismo, Finalismo y Funcionalismo en Nuevo León.**

Después de estudiar los sistemas causal, final y funcional pasamos a analizar su aplicación en los Códigos Penal y Procesal Penal del estado de Nuevo León.

### **5.1. El Cuerpo del Delito en el Código de Procedimientos Penales de Nuevo León.**

Enseguida se transcribe el artículo 150 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, que a la letra dice:

**“Artículo 150 Bis.-** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el

---

<sup>215</sup> Roxin Claus, refiriéndose a la conferencia de Jakobs titulada “*Normativización en la Dogmática Jurídico Penal*”, dentro de las Jornadas Internacionales de derecho penal tituladas *Problemas Capitales del moderno derecho penal a principios del Siglo XXI...* pp. 260-261

Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción al proceso, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal.”

“La probable responsabilidad la constituye la existencia de datos que arroje la averiguación previa que, en un examen preliminar, produzcan convicción superior a la posibilidad y aproximado a la certeza, sobre la participación del inculpado en la comisión del delito que se le imputa y hagan razonable y justa su aprehensión o su sometimiento a formal procesamiento.”

“El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que establezca la Ley.”

El artículo transcrito, prevé dos supuestos para integrar el cuerpo del delito, el primero de ellos. En el primero, únicamente se requieren los elementos objetivos externos.

En el segundo, previsto en la última parte del primer párrafo, se prevé que el cuerpo del delito, se tomarán en cuenta los elementos subjetivos y valorativos, en los casos en que el tipo los requiera.

De lo expuesto en este trabajo, se desprende que en el causalismo, se ubica al dolo y la culpa en la culpabilidad y en el finalismo, se ubican dichos elementos subjetivos en el tipo.

Esto implica, que en el artículo citado, se prevé la aplicación de la teoría causalista, en los casos en que la integración del tipo requiera únicamente elementos objetivos y aquellos en los cuales para el mismo efecto sean necesarios los subjetivos, entonces se aplica el sistema finalista.

Esta es una de las maneras en que se acredita la aplicación en el mismo código del sistema causalista, finalista e incluso el funcionalista, dado que en este último, también se ubican los elementos subjetivos en el tipo.

Ninguna de las teorías estudiadas prevé un cambio del estudio del dolo y la culpa al tipo dependiendo del delito que se trate. Por lo que investigamos con el fin de encontrar si acaso había una teoría en la que se pudiera cambiar los elementos



subjetivos al tipo sólo cuando el tipo los requiera y lo logramos. Después de consultar diversos libros encontramos una teoría con esas características.

En efecto, la teoría la encontramos en la obra ya citada de Mariana Sacher de Köster, donde ella, estudia la teoría de Feuerbach, entre las diversas teorías que analiza anteriores al causalismo, de la cual en la parte que interesa a este tema particular dice:

“2. La estructura del delineada por FEUERBACH está compuesta solamente por el tipo (‘causa objetiva de la punibilidad absoluta’) y la culpabilidad (‘causa subjetiva de la punibilidad absoluta’). El tipo es entendido en el sentido de cada tipo penal en especial. Sus componentes son ‘el resultado de la acción, contrario a la ley, y ciertos elementos de la acción externa’, pero también, tal como expresa FEUERBACH, ‘frecuentemente ciertas causas subjetivas de la acción antijurídica’: un propósito determinado (por ejemplo, en el hurto el *animus lucri faciendi*), o bien, en algunos delitos, una cierta clase de determinación de la voluntad. Con ello, FEUERBACH reconoce elementos subjetivos ya en el tipo penal, pero sólo cuando ellos son requeridos por el tipo penal tratado en particular, es decir, sólo respecto de aquellas acciones en las que es necesaria una modalidad especial de la voluntad para cometer un delito determinado.”<sup>216</sup>

En efecto, en dicha teoría se desprende que la estructura del delito de dicho tratadista está compuesta por dos elementos el tipo, donde ubica los elementos objetivos y la culpabilidad, compuesta por los subjetivos. Sin embargo, la ubicación de los elementos subjetivos, como lo son la culpa y el dolo, la pasa, de la culpabilidad al tipo cuando para la integración del tipo se requieran dichos elementos para configurar una figura delictiva.

Mariana Sacher de Köster divide el estudio de la evolución de los elementos subjetivos del tipo en cuatro períodos, que son los siguientes<sup>217</sup>; a) la división horizontal en presupuestos externos internos de la punibilidad; b) la división vertical en integrada por un ilícito puramente objetivo y una absolutamente subjetiva, en la cual se encuentra la teoría causalista, c) el traslado de elementos subjetivos al ilícito, donde se ubica el sistema finalista de la acción y el b) donde predomina el tipo objetivo y se traslada elementos subjetivos al tipo objetivo, precisamente mediante la teoría de la imputación objetiva, que es el funcionalismo.

<sup>216</sup> Sacher de Köster, Mariana citando a Feuerbach. *Evolución del Tipo Subjetivo...* p. 13

<sup>217</sup> Sacher de Köster, Mariana. *Evolución del tipo subjetivo...* p. 20

Sacher de Köster, estudia la teoría de Feuerbach en el primer período, antes de que se elaborara incluso la teoría causalista, la autora consultada lo llama “horizontal” porque no hay una clara distinción entre el ilícito y la culpabilidad<sup>218</sup>.

Al período que le siguió le llama “vertical” porque ahí se separó lo ilícito y la culpabilidad<sup>219</sup>, lo cual implica que se estudiaba primero el ilícito y si éste se presentaba se pasaba a estudiar la culpabilidad, es aquí donde se ubica el sistema causalista.

De la obra en comento, se puede desprender que la tesis de Feuerbach fue una de las mas reconocidas de su época<sup>220</sup>. Sin embargo, Sacher de Köster, hace entre otras, la siguiente observación:

“...Para FEUERBACH, todo acto delictivo presupone solamente: ‘recognoscibilidad externa; pues sólo una acción externa puede lesionar un derecho’. De este modo, FEUERBACH no intenta formular ninguna clase de concepto de acción, pues considera suficiente la mera presencia de un comportamiento humano...”<sup>221</sup>

Es decir, Feuerbach, no tenía concepto de acción y a eso debía que ubicaba los elementos subjetivos, según el delito. Si el delito no requería para su tipificación elementos subjetivos, los ubicaba en la culpabilidad, pero si sucedía el caso contrario, entonces los traspasaba al tipo.

Por otra parte, como se estudió en anteriores páginas, tanto la teoría causal como la final tienen su concepto de acción bien definido y por ello, la sistematización de los elementos del delito está bien definida, en el sistema funcionalista aunque no se han uniformado los criterios para resolver si una persona es objetivamente responsable de un resultado, sí tienen bien definida la sistematización de los elementos del delito.

El hecho de que nuestros legisladores cambien de aplicación de un sistema a otro en el mismo ordenamiento penal del estado de Nuevo León, nos da la

---

<sup>218</sup> Sacher de Köster, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo...* p. 14

<sup>219</sup> Sacher de Köster, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo...* p. 15

<sup>220</sup> Según la obra consultada Feuerbach vivió de 1775-1883. Ver: Mariana Sacher de Köster. *Ob cit.* p.

25

<sup>221</sup> Sacher de Köster, Mariana. *Ob Cit.* p. 27

impresión de que no tienen bien definido un concepto de acción. Por ello en algunas ocasiones ubican los elementos subjetivos en el tipo y en otros no.

Ahora bien, sobre el cuerpo del delito el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

Al dar lectura a la parte conducente de dicho artículo se desprende que para girar orden de aprehensión además de requerirse denuncia o querrela es necesario acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Por su parte en lo relacionado al auto de formal prisión el artículo 19 de la Ley Suprema en su primer párrafo dice:

“**Artículo 19.** Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.”

De nuevo, para dictar el auto de formal prisión también se requiere acreditar el cuerpo del delito.

Así pues el cuerpo del delito se debe acreditar tanto para girar orden de aprehensión como para dictar en auto de formal prisión.

En efecto, nuestra Ley Suprema exige entre otros presupuestos, la comprobación del cuerpo del delito para que se gire la orden de aprehensión y se dicte el auto de formal prisión. Como ya hicimos notar, el artículo 150 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León aparece el concepto que prevé dicho ordenamiento sobre “cuerpo del delito”.

Enseguida vemos la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1999 que obra como anexo en la obra consultada de Díaz Aranda, en que se mencionan las razones por las que se vuelve a usar el concepto de “cuerpo del delito mismo que se utilizaba antes de las reformas constitucionales de 1993:

*“Artículo 16”*

“Se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto de Querétaro de 1917 no había sufrido reforma alguna, sino hasta, 1993, cuando a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.”

“El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, por tecnicismos formales, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; vale recordad aquí las cifras asentadas, porque en 1997 tampoco se observó mejoría, pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante autoridad judicial, se obsequiaron órdenes de aprehensión en menos del 20 por ciento; esto sin tomar en cuenta las magras cifras de consignación que hacen las procuradurías como se han explicado y cuya tendencia se mantuvo en 1997.”

“Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido a muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad.”

“De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado. Finalmente insiste en que esta medida conserva plenamente el equilibrio entre acción persecutoria de un delito y los derechos del gobernado tutelado en las garantías individuales, pero además permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.”<sup>222</sup>

---

<sup>222</sup> Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posteriormente aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de marzo de 1999, anexada por Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* p. 240-241

“La sociedad toda ha advertido en el pasado reciente serias deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debía ser una colaboración de ministerios públicos y jueces a favor de la justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación.”

“Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.”

“Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de ‘los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.”

“Se suprimió el concepto ‘cuerpo del delito’ y se introdujo el concepto de ‘elementos del tipo penal’, y se equipararon los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. De este modo se hizo necesario acreditar, en ambos casos, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”

“Así, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir. Los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión. Acreditar los elementos subjetivos- tales como ‘tener conocimiento’ de cierta circunstancia, el ‘propósito de delinquir’, u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate- así como los elementos normativos- tales como comprobar que se trata de una ‘cosa ajena’, el ‘mandato legítimo de autoridad’, u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate- es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.”

“De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar una sentencia, con lo

cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.”<sup>223</sup>

“El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.”<sup>224</sup>

“Así, al rescatar el concepto de ‘cuerpo del delito’ anterior a la reforma de 1993 permitirá, por una parte, que las autoridades tengan instrumentos para cumplir sus responsabilidades y, por la otra, que los gobernados tengan garantizados sus derechos y cuenten con la posibilidad de defenderse de cualquier abuso de las autoridades.”

“Conforme a las opiniones expresadas en los foros de consulta convocados por el Senado de la República, y por diversos especialistas, se debe avanzar en el perfeccionamiento del sistema de enjuiciamiento penal. En este marco, restablecer el concepto de ‘cuerpo del delito’ e incorporarlo a las reformas de 1993, permitirá el equilibrio adecuado de los intereses de la sociedad de que se procure justicia, las facultades de las autoridades, los derechos de los indiciados y de las víctimas”

“El ‘cuerpo del delito’ no es un concepto nuevo en nuestro Derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras, antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por ‘cuerpo del delito’ se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materia de la figura delictiva descrita concretamente en la ley.”

“Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.”

“De esta manera, será en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que es necesario modificar los requisitos

---

<sup>223</sup> Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posteriormente aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de marzo de 1999, anexada por Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* pp. 242-243.

<sup>224</sup> Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posteriormente aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de marzo de 1999, anexada por Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* pp. 243

impuestos al Ministerio Público para la obtención de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad penal.”

“Además de estas consideraciones, estas Comisiones Unidas han juzgado pertinente hacer algunas precisiones al texto propuesto de iniciativa:”

“a) Primero, que se considera insuficiente acreditar la mera ‘probabilidad’ de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia contra la libertad de las personas. Esto daría lugar a excesos y llenaría las prisiones sólo por sospechas o suposiciones de los agentes del ministerio público.”

“b) Como se ha razonado, resulta más apropiado adoptar el concepto de ‘cuerpo del delito’, en lugar de referir los elementos del tipo penal; así, se propone en el texto constitucional la adopción de esta referencia.”

“Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que los medios probatorios existentes se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.”

“c) Como se trata de las fases iniciales del proceso penal, se ha considerado conveniente que el grado de convicción del juzgador, en esta etapa, no tiene que ser pleno, por lo que se bastará para que se libre una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad.”<sup>225</sup>

Primero es necesario destacar que según lo expuesto, por cuerpo del delito se deben entender el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley. Así se sugiere que se debe entender en las leyes secundarias.

Sin embargo, en la legislación penal de Nuevo León, como se mencionó anteriormente, no se ha seguido el concepto de ‘cuerpo del delito’ que

---

<sup>225</sup> Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posteriormente aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de marzo de 1999, anexada por Díaz Aranda, Enrique. *Ob Cit.* pp. 243-244

sugirió el legislador en las reformas referidas, pues como se desprende al dar lectura al artículo 150 bis del Código Procesal penal del mismo estado, se permite en ciertos casos, en los que la figura delictiva los requiera, acreditar los elementos normativos y subjetivos. Por lo que el artículo 150 bis citado, no está conforme con la intención del legislador al realizar las reformas referidas.

Además resulta contradictorio, que un ‘cuerpo del delito’ pueda llevar integrados elementos subjetivos, cuando basta ver la lectura de la referida reforma, para darnos cuenta que la intención del legislador es que por cuerpo del delito se entiendan los elementos objetivos externos del tipo penal.

Así pues, se aplica la teoría que mas perjudique al indiciado, pues en virtud de que en delitos como la tentativa, los elementos objetivos no son suficientes para integrar el tipo, entonces ahí si se permite integrar el ‘cuerpo del delito’ para así poderlo procesar.

No se trata de hacer reformas nadamás porque las doctrinas en las que se basan hayan tenido éxito en otras naciones, sino porque como se demostró en este trabajo, la sustancia de una teoría es lo que debe impulsar a hacer la reforma, en el sistema causalista había problemas para tipificar delitos en los que se requiera aspectos subjetivos.

Por ello es que los legisladores dan la posibilidad de incluir los elementos subjetivos en los delitos cuyo tipo así lo requiera.

Como se desprende de la lectura de la exposición de motivos, la razón por la cual se sugiere cambiar el concepto de elementos del tipo por el de ‘cuerpo del delito’, obedece a que se consideraba que todos los presupuestos que se requieren para girar una orden de aprehensión equivalen a los necesarios para dictar una sentencia y que ello dificultaba la integración de averiguaciones previas. Sin embargo, como se ha mencionado en anteriormente ciertos delitos llevan en el tipo los elementos subjetivos, por lo que únicamente con los elementos materiales no se puede cumplir con el requisito para girar una orden de aprehensión por la probable comisión de dichos delitos.

Sin embargo, la ‘flexibilidad’ de la que se habla en la propuesta referida, puede traer efectos contrarios a los esperados por los legisladores, pues da lugar a que las averiguaciones previas sean mas deficientes y que ello traiga como consecuencia sentencias absolutorias, lo cual implica que en los casos de delitos graves que no admitan fianza, se tiene a una persona privada de su libertad, reclusa



en el centro penitenciario, para que al final, ya sea por deficiencia de la averiguación previa o por que en verdad sea inocente obtenga su libertad.

## **5.2. La aplicación del causalismo en el Sistema Penal de Nuevo León**

Enseguida se muestran algunas disposiciones legales en que se evidencia la aplicación del sistema causalista en la entidad estudiada.

Para ello primero transcribimos el artículo 26 del Código Penal del estado, en que se refiere a la culpabilidad, que dice:

“Capítulo IV”

“Culpabilidad.”

“Artículo 26. Toda persona acusada de delito se presume inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la Ley, misma que será determinada en juicio, en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa.”

“Sólo podrá realizarse la imposición de las penas, si la acción u omisión juzgada ha sido realizada con dolo, culpa o preterintención.”

Pues bien, para determinar si la acción u omisión de la persona indicada es culpable, entonces además de estudiar los aspectos subjetivos como lo son el dolo y la culpa, también se requiere un elemento valorativo, que lo es el juicio que se sigue en el que se deberá determinar si la acción es culpable o no.

El sistema neocausalista, exige que en la culpabilidad, se ubique el estudio del dolo, la culpa y los elementos normativos. En el artículo transcrito, se desprende que los elementos subjetivos citados están ubicados en la culpabilidad y al exigir la reprochabilidad de la conducta previo juicio, implica que también se ubican los elementos valorativos en la culpabilidad, por lo tanto en este artículo se aplica la teoría causalista.

## **5.4. El finalismo en el Código Penal de Nuevo León.**

En un delito de tentativa, no se puede presumir la probable comisión del delito únicamente con los elementos objetivos materiales del delito. Pues la tentativa requiere la intención de cometer el delito. Es por ello, que incluso el Código Penal cambia de teoría, de la causalista a la finalista, en el delito de tentativa, lo cual

se desprende al dar lectura a lo expuesto en el artículo 31 del Código Penal de la entidad en comento que a la letra dice:

“Artículo 31.- La tentativa es punible cuando se realizan los actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho.”

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para que para integrar el tipo de tentativa, se requiere como elemento principal la voluntad de ejecutar algún delito. Si no hay voluntad para ejecutar algún delito, entonces no hay tentativa. Además de que la persona debe representarse el resultado, uno de los requisitos de la acción en el sistema finalista.

Para presumir, que se ha cometido un delito de tentativa, se requiere estudiar forzosamente, aunque sea de una manera teórica, la representación de y la intención a nivel de tipo, sino no se puede considerar ni presumiblemente que se ha cometido un delito de tentativa, pues el mismo delito lleva como uno de los elementos del tipo, el dolo.

Lo anterior se hace más evidente, al dar lectura a las causas por las que no es punible la tentativa:

“**Artículo 32.** No es punible la conducta de quien desiste voluntariamente de la ejecución del delito o de quien habiendo participado en su preparación, impide que el resultado se produzca; sin embargo, en ambos casos se sancionará por los delitos consumados en la preparación del delito tentado.”

“**Artículo 33.** Siendo varios los que participen en el hecho no se sancionará por tentativa, a quien voluntariamente impida la consumación del delito, o a quien demuestre una determinación espontánea y objetiva para impedir su consumación, aunque ésta llegue a realizarse a pesar de su empeño o impedirlo. En ambos casos, se aplicarán a todos los partícipes las sanciones que correspondan por los delitos consumados por ellos o con su intervención en la preparación del delito tentado.”

“**Artículo 34.** No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa, cuando fuere imposible la consumación del delito.”

Lo anterior hace todavía mas evidente la fundamental importancia del elemento subjetivo del dolo en el tipo, de los casos señalados para que no sea punible la tentativa el único independiente del aspecto volitivo es la prevista en el numeral 34, que se refiere a que no será punible cuando fuere imposible la consumación del delito. Por lo que para determinar si un delito encuadra en el tipo de tentativa, de acuerdo al mismo artículo, tenemos que estudiar los aspectos subjetivos del delito desde el tipo, que se hace mediante el sistema finalista. Así que con este ejemplo se demuestra de nueva cuenta la aplicación del sistema finalista en el ordenamiento penal del estado de Nuevo León.

Hay otros tipos de delito donde el tipo expresamente requiere el dolo, entre otros están los siguientes casos:

**“Artículo 217.** Comete el delito de peculado:”

**“I.** Todo servidor público que ...”

**“III.** Cualquier persona que dolosamente solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute los beneficios derivados de los actos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 208 de este Código; y...”

**“Artículo 224.** Se impondrán las sanciones previstas en este Capítulo a los servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos, que cometan alguno de los siguientes delitos:”

**“I.** Conocer de negocios ...”

**“VII.** Dolosamente ejecutar o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida; ...”

**“XXVII.** Alterar dolosamente el lugar en donde se cometió un delito, ya sea moviendo, ocultando, alterando, destruyendo, manipulando, obstruyendo o modificando, instrumentos, objetos, indicios, huellas, vestigios o cualquier evidencia involucrada en su comisión, así como violando el acordonamiento del lugar o permitir el ingreso al interior del mismo a personas no autorizadas.”

**“Artículo 406 Bis.** Comete el delito de invasión de inmueble:

**“I.** El propietario de un inmueble ...”

**“II.** Quienes reciban o participen dolosamente en la recaudación de cuotas en efectivo o en especie a título de gestión,

administración, representación o derecho de permanencia en el inmueble al que se refieren las fracciones anteriores, de las personas o familias que conforman el asentamiento humano irregular.”

De los casos transcritos anteriormente, se desprende que para que se actualice su tipo, se requiere que sean cometidos dolosamente, es decir cuando se está haciendo el análisis de la probable comisión del delito, se tiene que estudiar a nivel de tipo, el elemento subjetivo dolo, sino se hace así, entonces no se puede considerar que se ha cometido ni “probablemente” el delito. Esto en virtud de que el dolo lo lleva expresamente en el tipo.

El artículo 555 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, que señala los casos en que se seguirán los procedimientos orales, establece:

“**Artículo 555.** Se seguirá Juicio Oral Penal cuando se trate de un delito culposo no calificado por el Código Penal como delito grave.”

Así pues, el juicio oral penal se seguirá únicamente contra delitos culposos no calificados como graves.

De nueva cuenta tenemos la aplicación del sistema final de la acción, pues en los delitos culposos la culpa se estudia en el tipo, pues forma parte de él. Si por ejemplo estamos ante un delito de lesiones culposas, para determinar si encuadra en ese tipo, se debe hacer el análisis del elemento subjetivo culpa en la sede de tipo. En estos casos, el estudio de la culpa o del dolo, se hace forzosamente en el tipo, dado que dichos elementos forman parte del tipo.

No se puede estimar, que el dolo y la culpa se determinan hasta la culpabilidad, si el artículo 209 del Código Procesal en cuestión, señala que se puede solicitar la orden de comparecencia en los casos de delitos culposos no graves y el indiciado no se encuentre detenido, lo cual se hace evidente al dar lectura a dicho artículo que establece:

“**Artículo 209.-** El Ministerio Público **solicitará al Juez dicte la orden de comparecencia tratándose** de delitos sancionados con pena no privativa de la libertad o alternativa, o bien cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte sancionados con pena máxima de tres años de prisión o de oficio sancionados con pena máxima de

dos años de prisión. Lo mismo sucederá en casos de **delitos culposos no graves y el indiciado no se encuentre detenido.**”

Por lo tanto, en los casos de delitos culposos no graves y el indiciado no se encuentre detenido, se solicitará al Juez se dicte orden de comparecencia.

A nuestro parecer, esto implica que se está estudiando la culpa antes de llegar a la culpabilidad, pues antes de que se siga el juicio, ya se estudió dentro del tipo la culpa, incluso para solicitar la orden de comparecencia, se estudió la culpa en el tipo. Lo anterior, en virtud de que tal y como lo señala el artículo 26 del Código Penal de la entidad, la culpabilidad se determina en juicio, en el que se sigan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa.

Nuestro Código Penal no tiene algún artículo en que se exponga cuales delitos pueden ser considerados culposos. Algunos artículos que prevé nuestro Código como delitos culposos, son los siguientes:

“**Artículo 166.** Comete el delito de evasión de presos el que favoreciere la fuga de una o más personas que se encuentren privadas de su libertad.”

“Al responsable de este delito, se le impondrán:

“**I.** De uno a siete años de prisión, ...”

“Si la evasión se ha causado por culpa, se sancionará con una pena de un mes a tres años de prisión.”

“**Artículo 300.** Comete el delito de lesiones el que infiera a otro un daño que deje en su cuerpo un vestigio o altere su salud física o mental.”

“**Capítulo II**”

“**Lesiones culposas**”

“**Artículo 307.** Si las lesiones se causan por culpa, se aplicarán las sanciones a que se refieren los artículos 65 y siguientes.”

“**Artículo 308.** Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.”

“**Capítulo IV**”

“**Homicidio Culposo**”

“**Artículo 314.** Si el homicidio se ha causado por culpa, se sancionará conforme a los artículos 65 y 66.”

“**Artículo 403.** Comete el delito de daño en propiedad ajena, el que cause incendio, inundación o explosión, con daño o peligro de:”

“**I.** Un edificio vivienda o...”

“**Artículo 406.** Si el daño es culposo, la sanción se aplicará de acuerdo con los artículos 65 y 71 de éste Código.”

En casos de los delitos arriba transcritos, se aplica el sistema finalista, dado que de nuevo, la culpa forma parte del tipo, lo cual en los casos de lesiones y homicidio, se hace todavía mas evidentes, dado que incluso se denominan “lesiones culposas” y “homicidio culposo”. Cabe señalar que los artículos desde el 65 hasta el 72 prevén las sanciones que se aplicarán por la comisión de delitos culposos.

Así las cosas, si lo que pretendía el legislador federal era regresar del sistema finalista al causalista no lo logró, dado que como se desprende de lo anteriormente expuesto, nuestro ordenamiento penal continúa aplicando el sistema finalista en algunos de sus delitos, no hay manera en considerar que los delitos de los que se trató anteriormente se hayan cometido, si no es estudiando la culpa o el dolo en su caso, en la sede de tipo, como lo exige la teoría finalista de la acción.

#### **5.4. El Finalismo en el Ordenamiento Penal del estado de Coahuila.**

Un ejemplo de un ordenamiento penal finalista en la república mexicana, lo encontramos en el estado de Coahuila. Sobre éste, primero procedemos a transcribir los artículos 272 y 274 del Código de Procedimientos Penales de dicha entidad:

“**Artículo 272.** PRESUPUESTO GENERAL PARA EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL. Para ejercitar la acción penal por un delito determinado, el Ministerio Público deberá acreditar el cuerpo del delito y reunir datos bastantes que hagan probable la responsabilidad penal del inculpado.”

“Por cuerpo del delito se entenderá la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso; considerados de manera impersonal.”

“**Artículo 274.** COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD. El juzgador

comprobará las categorías procesales necesarias para ejercitar la acción penal cuando este código lo indique. Para ello verificará:”

“**I. CUERPO DEL DELITO.** La prueba del cuerpo del delito, a través de la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso, que sean esenciales para la punibilidad del hecho; los que estimará de manera impersonal.”

“**II. PROBABLE RESPONSABILIDAD.** La probable responsabilidad del inculpado. Esta se conformará cuando: 1) A favor de aquél falte prueba de excluyente de delito por impedir la antijuridicidad o la culpabilidad; y, 2) Haya datos bastantes de una o más formas de intervención típica del inculpado; así como, en su caso, de los elementos subjetivos específicos del tipo penal; igualmente del dolo y de la culpabilidad de aquél. Para apreciar los elementos subjetivos específicos; el dolo y la culpabilidad; se estará a lo que previenen el Código Penal y este Código.”

“Existirán datos bastantes: Cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin contraindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.”

De lo arriba expuesto, se desprende que para acreditar el cuerpo del delito, de acuerdo a dicho Código, no se requieren únicamente elementos objetivos o materiales, sino también pueden ser descriptivos, y normativos, incluso se da la posibilidad de que también se incluya la culpa.

Aquí de nuevo, podemos decir que no se cumple lo establecido en la exposición de motivos por el legislador federal, dado que en los artículos transcritos, se desprende que el cuerpo del delito, lo integran no únicamente elementos materiales, como se pretendió en la reforma a los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema, sino también elementos normativos, descriptivos y en la culpa cuando así lo requiera el tipo.

Sin embargo, sin embargo, el Código Penal de dicha entidad, mantiene la postura finalista, lo cual evidenciamos al dar lectura a los artículos 16 y 18 del Código Penal de Coahuila:

“**ARTICULO 16.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.** El tipo penal de un delito se actualiza cuando se reúnen los elementos siguientes:”

“**A. ELEMENTOS PERMANENTES:**”

**“I.- FORMAS DE CONDUCTA.** La acción u omisión que se describa o implique en la figura típica; ya sea que el delito se consume o, si la figura típica lo admite, quede en grado de tentativa.”

**“II.- FORMA(S) DE INTERVENCIÓN.** La o las formas de intervención del sujeto según el artículo 20.

**“III.- DOLO O CULPA.** El dolo o culpa según corresponda.

**“IV.- OBJETO MATERIAL.** El sujeto o cosa sobre los que recae la conducta; o hacia los que ésta se dirige.”

**“V.- DAÑO O PELIGRO.** El daño o, en su caso, el peligro a que se expone un bien jurídico, atribuibles a la acción u omisión.”

**“ARTICULO 18. CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.** Los elementos del tipo penal, sean permanentes o contingentes; se clasifican en materiales descriptivos o descriptivos, subjetivos y normativos.”

“Los elementos subjetivos son el dolo y los elementos subjetivos específicos. Estos últimos son los enunciados expresos o implícitos de manera necesaria en el tipo penal, que aparejan un especial conocimiento o contenido de voluntad.”

“Los elementos normativos son la culpa y las expresiones del tipo penal que implican un juicio de desvalor; o un especial juicio de valoración jurídica o cultural.”

“Los demás elementos del tipo penal se consideran materiales o descriptivos.”

Así pues tenemos un ejemplo de Código Penal finalista, pues en los artículos transcritos se desprende que ubican al dolo y la culpa en el tipo, como ocurre en el sistema finalista. Aunque cabe destacar que nos llama la atención el hecho de que la culpa sea considerada como un elemento normativo, cuando es considerado como elementos subjetivos por la doctrina que consultamos.

Por otra parte en lo que respecta a la culpabilidad, el mismo Código nos dice:

**“ARTICULO 48. CONDUCTA CULPABLE.** La conducta del agente es culpable si, al realizarla:”

**“I.- CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD DEL HECHO.** Conoce o existen condiciones razonables para que conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete; o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente; y”



**“II EXIGIBILIDAD DE CONDUCTA CONFORMA A DERECHO.** Se encuentra en posibilidad razonable de conducirse conforme a Derecho.”

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la conducta es culpable cuando hay condiciones razonables para considerar que el agente conoce la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete, o el deber de cuidado en los casos en que se conduzca culpablemente y además que se encuentre en posibilidad razonable de conducirse conforme a derecho.

Al analizar las críticas a la culpa en el finalismo, estudiamos que Welzel, consideraba a la culpabilidad como lo que adeuda el autor a la comunidad jurídica que podía actuar conforme a las normas, por su conducta contraria al derecho. Asimismo, sobre la reprochabilidad, la cual Welzel sigue ubicando en la culpabilidad, expone:

“Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual(o de la parte de conducta de vida antijurídica). Lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual (o de la parte de conducta de vida).”

“Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a sentido, del autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Esta capacidad de culpabilidad existe(o no) de un modo general en la situación concreta con independencia de que el autor actúe o no, de que se comporte jurídica o antijurídicamente.”

“La reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real. Es, como vimos, una relación específica en que se encuentra la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico: la voluntad no es conforme a la norma, como debía y hubiera podido ser. Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el derecho en lugar de la voluntad antijurídica.”

“Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido

lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haber podido conocerlo y tiene que haberse *podido* decidir por una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento(real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta(la reprochabilidad) está, pues constituida(de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios.”<sup>226</sup>

Según el Código Penal de Coahuila, señala como elementos de la culpabilidad, que el procesado haya estado en posibilidad de tomar libremente otra conducta que no fuera antijurídica, que haya conocido o estado en posibilidad de conocer el injusto del hecho.

Esos presupuestos son los mismos que señala Welzel al describir la reprochabilidad como elemento de la culpabilidad.

El hecho de que en el Código Penal de Coahuila se ubique el dolo y la culpa en el tipo, permite que de manera congruente se puede determinar los delitos que pueden ser considerados como culposos bajo el concepto de número cerrado, lo cual se desprende al dar lectura al artículo 27 de dicho ordenamiento que a la letra dice:

“ARTICULO 27.- PRINCIPIO DE NUMERO CERRADO CON RELACION A LAS FIGURAS TIPICAS CULPOSAS. Sólo serán punibles como figuras típicas que admiten la culpa las de los artículos 244;245;291;292;329 con relación al Artículo 334; 337 con relación a los artículos 338;339;340;341 y 342; 357; 359;366 sólo si el resultado se produce; 367;434;435 y 436. Además de las que éste Código u otras, leyes así lo determinen.”

“También se considerarán culposos los hechos típicos que se realicen bajo error vencible de tipo penal que admita la culpa. Igualmente, el del Artículo 442.”

Como se desprende dicho Código prevé el principio de *numerus clausus*, es decir, número cerrado, mediante el cual en un mismo dispositivo se señala cuales son los delitos que permite sean considerados como culposos, lo cual implica que los que no estén señalados ahí, si se cometen con culpa, serían atípicos.

Lo cual también da seguridad jurídica, pues al momento en que se quiera procesar a alguna persona por cometer un delito culposos que no sea de los

---

<sup>226</sup> Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, ...pp. 155-156.

contemplados en dicho artículo, entonces le daría a la persona posibilidad de defenderse fundamentándose en que no es permitido legalmente ser procesado por algún delito cometido con culpa, que no sea de los casos previstos en dicho artículo.

Como ya dijimos, en el ordenamiento penal de Coahuila, ubica el dolo y la culpa en el tipo, eso permite que congruentemente también se pueda incorporar a dicho ordenamiento el principio de *numerus clausus*, pues como se hace notar al dar lectura al artículo citado, se refiere a delitos culposos, lo cual implica el estudio de la culpa en la sede de tipo.

Así pues, el ordenamiento penal de Coahuila, se puede tomar como modelo de ordenamiento finalista en lo referente a la sistematización de los elementos del delito aún y con las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1999.

### **5.5. El funcionalismo aplicado en el sistema penal de Nuevo León.**

Si bien, en nuestro sistema penal no se ha adoptado el funcionalismo en lo que se refiere a la teoría del delito, lo cual consideramos que al menos por ahora es bueno, pues la imputación objetiva, en la que se basa la teoría del delito funcionalista, no ha sido determinada, pues tal y como se mencionó en el capítulo de funcionalismo, al menos entre Roxin y Jakobs hay diferencias en como deben ser los criterios para definirla. Consideramos que no es lo adecuado elaborar un Código que contenga los criterios de la imputación objetiva, si los criterios actuales no se pueden considerar superados.

Sin embargo, en lo referente a los fines de la pena, nuestro ordenamiento penal sí ha adoptado la aplicación de sistema funcionalista. Para lo cual mencionamos estudiamos algunos artículos donde se desprende el estudio de dicha teoría.

Primero transcribiremos parte de lo expuesto en la exposición de motivos de para las reformas al Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León publicadas en el Decreto número 118, emitido por el Congreso del mismo estado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el día 28 de julio de 2004, sobre el enfoque que se pretende dar al fin de la pena:

“Se detectó que nuestra legislación penal se enfoca al castigo del delincuente, sin una verdadera política de prevención del delito y en su caso de readaptación del sentenciado; el sentir común del ciudadano es

que sólo existe el castigo para los delincuentes que no cuentan con los recursos necesarios para solventar los gastos que implica la defensa en un procedimiento judicial.”

De lo expuesto se desprende que en nuestro estado, la pena tenía fines retributivos, pues dice que se enfocaba en el castigo del delincuente, sin embargo, lo que se busca en dicha reforma es ahora aplicar teorías preventivas y de resocialización, características del sistema funcionalista, como se desprendió al estudiar dicho tema.

Ahora bien, los objetos de la reforma se ven traducidos al dar lectura al Código Penal en mención, que en el capítulo de sanciones, define prisión como:

**“Artículo 48.** La prisión consiste en la privación temporal de la libertad, durante un lapso no menor de tres días ni mayor de cuarenta años, de acuerdo con las sanciones que a cada delito fijen las leyes; se cumplirá en los lugares o establecimientos que fijen las leyes, los reglamentos o las autoridades administrativas, con la finalidad de ejercer sobre el interno una acción readaptadora.”

Como se desprende del artículo 48 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, define la prisión como la privación temporal de la libertad, pero lo más importante para el tema en estudio, es la finalidad que se le otorga a la pena, que es ejercer sobre el interno la acción readaptadora.

Después, el mismo Código, continúa exponiendo las sanciones:

**“Artículo 50.-** La multa consiste en pagar al Estado la suma pecuniaria que se fije en la sentencia.”

“Para la fijación del monto de la multa, el juzgador deberá tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado. Cuando éste no pudiera pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, el juzgador fijará en substitución de la misma, jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, que no podrán exceder de noventa.”

De lo anteriormente expuesto, se desprende que se prevé como sanción la multa, sin embargo como sanción substituta se prevé el trabajo en beneficio de la comunidad.

Sobre el trabajo en beneficio de la comunidad, el Código en consulta expone:

**“Artículo 51.** El trabajo en beneficio de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en lugares de interés social e instituciones educativas, de asistencia social, o de beneficencia privada. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al destinado al desarrollo de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y su familia, sin que puedan exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El número de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad será fijado por el Juez, considerando las circunstancias del caso.”

“El trabajo en beneficio de la comunidad puede ser pena autónoma en los casos que así lo determine este código, pena substitutiva de prisión o de la multa o bien, puede ser de imposición conjunta a otras penas substitutivas de la prisión.”

“Se impondrá como pena substitutiva de prisión cuando la pena a imponer no exceda de cuatro años de prisión y el procesado no represente un peligro para la sociedad. En estos casos, cada día de prisión podrá ser substituido por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad, siempre que el Juez así lo determine. La sustitución de la pena de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad, no excluye la aplicación de la multa que corresponda.”

“Para la imposición y ejecución de esta pena, se deberán tomar en cuenta los siguientes aspectos:”

**“I.** Deberá fomentar en el sentenciado los valores primordiales para la sociedad como lo son, el respeto a las instituciones públicas y a los derechos de los demás;”

**“II.** Se desarrollará de manera digna y por ningún concepto se aplicará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado y de ser posible, la autoridad ejecutora podrá ofrecerle dos o más alternativas para el desempeño de las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad. El servicio prestado se llevará a cabo en un lugar que no sea propicio para su tendencia delictiva;”

**“III.** Tratándose de los delitos culposos a los que se refiere el artículo 66 primer párrafo de este Código, el trabajo en beneficio de la comunidad jamás será impuesto como pena autónoma o substitutiva de la prisión, pero siempre se impondrá de manera conjunta con otras

penas substitutivas de la prisión, si el Juez hubiere determinado estas últimas;”

“IV. Tratándose de los delitos culposos a los que se refiere el artículo 66 primer párrafo de este Código, el trabajo en beneficio de la comunidad jamás será impuesto como pena autónoma o como substitutiva de la prisión, pero siempre se impondrá de manera conjunta con otras penas substitutivas de la prisión, si el Juez hubiere determinado estas últimas;”

“V. En los casos en los que esta pena se imponga de manera conjunta con alguna o algunas de las penas substitutivas de prisión, el trabajo en beneficio de la comunidad, tendrá una duración de tres a treinta jornadas de trabajo; y”

“VI. Cuando el trabajo en beneficio de la comunidad se hubiere impuesto como pena substitutiva de la prisión o de manera conjunta a otra de las substitutivas de prisión, si el sentenciado no cumple con el trabajo en beneficio de la comunidad, se le hará efectiva la pena de prisión substituida y las jornadas de trabajo comunitario no cumplidas, se conmutarán por internación en cualquier centro penitenciario.”

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para que proceda dicha sanción, se debe tomar en cuenta la peligrosidad del procesado, dado que la pena a imponer no debe exceder de cuatro años y no debe representar un peligro para la sociedad.

Esto implica que si no es un peligro para la sociedad, es mejor para ésta, que el procesado realice trabajo en beneficio de la comunidad en lugar de estar privado de su libertad sin producir. Por ejemplo, un maestro que haya sido procesado por un delito de lesiones culposas ocasionadas por accidentes automovilísticos, es mas útil a la sociedad impartiendo educación que estando recluso en un centro penitenciario.

El trabajo en beneficio de la comunidad; de acuerdo a dicho artículo, debe fomentar al sentenciado los valores primordiales para la sociedad, como lo son el respeto a las instituciones públicas y a los derechos de los demás, lo que implica que se sigue la doctrina funcionalista de Roxin sobre el fin de la pena, que señala que se debe prevenir el delito no mediante intimidación sino mediante la resocialización.

Asimismo, se exige que el trabajo comunitario no debe ser denigrante ni humillante, otra característica de la teoría del fin de la pena de Roxin, que como

vimos al estudiarla, consideraba que la pena siempre se debe buscar respetar la dignidad humana.

En el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, encontramos otro ejemplo del funcionalismo, que es la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, del cual transcribimos los artículos 610,611,614,616 y 617 de dicho ordenamiento:

**“Artículo 610.** La suspensión del procedimiento a prueba del procesado, es la medida decretada por el Juez o Tribunal, a petición del inculpado y la defensa que tiene como propósito suspender los efectos de la acción penal a favor del primero y evitar la determinación del Juicio de responsabilidad penal en una sentencia, sujetándose a los siguientes requisitos:”

**“I.** Que no exista oposición fundada del Ministerio Público o del ofendido;”

**“II.** Que se trate de un delito no calificado como grave y cuya pena máxima de prisión no sea mayor de ocho años incluyendo las modalidades o circunstancias modificativas del delito;”

**“III.** Que el inculpado no haya sido condenado con anterioridad por sentencia ejecutoria, por delito doloso, o que se encuentre sujeto a un proceso penal.”

**“IV.** Que no se haya concedido el mismo beneficio en proceso diverso.”

**“V.** Que de la circunstancia del hecho y personales del inculpado no existan datos que permitan racionalmente presumir que, de concederse la suspensión, se presentarían riesgos graves a los bienes jurídicos de las personas.”

**“VI.** Que el inculpado celebre con la víctima u ofendido ante el Juez, un acuerdo preparatorio de daño y perjuicio, en su caso.”

“Dicho acuerdo deberá contener el monto y la forma en que habrá de pagarse. El inculpado se libera de la obligación pagando o consignando en el juzgado de su proceso la cantidad acordada. La víctima u ofendido comparecerá a recibir el pago o a ver la cantidad consignada a su favor.”

**“VII.** Que se solicite antes del desahogo de pruebas, y tratándose del juicio o regulado en el capítulo Primero del Título Décimo Cuarto, hasta antes de que se dicte auto de apertura de juicio Oral.”

“VIII. Que se comprometa a cumplir con las medidas y condiciones que el Juez fije.”

“**Artículo 611.** Las obligaciones a las que puede comprometerse el inculpado, entre otras, son;”

“**I.** Tener un modo honesto de vivir;”

“**II.** Comunicar los cambios de domicilio que tuviere;”

“**III.** No cometer nuevo delito que merezca corporal, respecto del cual se dicte auto de formal prisión;”

“**IV.** No amenazar, ni acercarse a la víctima u ofendido o algún testigo que haya depuesto o tenga que deponer en su contra;”

“**V.** Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él;”

“**VI.** Abandonar el trato con determinadas personas;”

“**VII.** Eliminar la visita a determinados lugares;”

“**VIII.** Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle a leer, escribir ó alguna profesión u oficio;”

“**IX.** Mantener ocupación lícita estable o capacitarse para adquirirla;”

“**X.** Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, y el empleo de estupefacientes, enervantes, psicotrópicos, sustancias inhalables, alucinógenas o tóxicos que produzcan adicción o hábito, salvo por tratamiento o prescripción médica;”

“**XI.** Someterse a la vigilancia de la autoridad en los términos y condiciones que el caso amerite;”

“**XII.** Someterse a los tratamientos que su circunstancia personal requiera, a efecto de no reiterar la conducta antisocial, o”

“**XIII.** Prestar determinado servicio a la comunidad, de conformidad con alguno o algunos de los programas previamente diseñados por la autoridad competente.”

“La víctima u ofendido y el Ministerio Público podrán solicitar o proponer al Juez se someta al procesado a determinadas medidas o condiciones para el mejor cumplimiento de lo dispuesto por este artículo.”

“**Artículo 614.** Al beneficiado con la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, el Juez le señalará el plazo durante el cual deberá someterse a las medidas decretadas o cumplir con las condiciones impuestas.”



“La suspensión del proceso a prueba no será menor de un año, ni mayor de tres años.”

“**Artículo 616.** Si durante el plazo previsto en el artículo 614 a partir de que se le concedió la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, el beneficiario no diere lugar a nuevo proceso por delito que merezca pena corporal respecto del cual se dicte auto de formal prisión y haya cumplido con las condiciones y medidas impuestas, se extinguirá la acción penal sobreseyéndose el proceso.”

“**Artículo 617.** La suspensión del procedimiento a prueba del procesado se revocará a petición del Ministerio Público y con audiencia del inculcado, en los casos siguientes;”

“**I.** En caso de que dentro del plazo fijado por el Juez el beneficiado no cumpla con alguna de las medidas o condiciones que le fueron impuestas por el Juez; y”

“**II.** Si el beneficiado dentro del plazo previsto en el artículo 615 de este Código, contados desde la suspensión del procedimiento, diere lugar a nuevo proceso por delito doloso del cual se le dicte auto de Formal Prisión.”

El inculcado podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del procedimiento a pruebas y la continuación del mismo.”

Aunque no se trata de una pena, pues esta tiene que solicitarse antes del desahogo de pruebas, consideramos que la suspensión del procedimiento a prueba del procesado es una figura funcionalista, en virtud de tiende a prevenir el delito mediante medidas, no retribucionistas, sino resocializadoras.

Esto en virtud de que las medidas que se imponen para que sea procedente, tienen como finalidad la integración del procesado a la sociedad, pues se solicita mantener una ocupación lícita estable o capacitarse para adquirirla, incluso señalar que deberá prestar determinado servicio a la comunidad.

En el Código Penal de Nuevo León también se encuentra la figura del perdón del ofendido, la cual se encuentra plasmada en el artículo 111 del dicho ordenamiento, que enseguida se transcribe:

“**Artículo 111.-** El perdón otorgado por la víctima, ofendido o por quien se encuentre legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal, cuando concurren los siguientes requisitos:”

“**I.** Que el delito se persiga a instancia de parte; y”

“II. Que el perdón se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte.”

“El perdón otorgado al autor o autores beneficia a los partícipes ya los encubridores del delito, siempre que se haya reparado el daño; el otorgado a un partícipe o encubridor o encubridor sólo beneficia a quien se le haya otorgado.”

“Igualmente procederán los efectos del perdón en aquellos delitos que persiguiéndose de oficio, no sean de los considerados como graves, su sanción, incluyendo las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, no exceda de seis años como pena máxima y se logre por medio de la mediación o conciliación, un acuerdo entre el inculcado o procesado y la víctima u ofendido, siempre que se haga del conocimiento del Ministerio Público y en su caso a la autoridad jurisdiccional que conozca del asunto.”

Dicho artículo tiene una tendencia funcionalista, dado que se prevé una posibilidad de que a una persona que siendo declarada culpable, siempre y cuando no haya causado ejecutoria la sentencia definitiva, no le sea aplicada una pena.

Lo anterior implica, que no hay necesidad de aplicar la pena, si se cumplen los requisitos que se mencionan en dicho artículo, que entre otros son; que el delito no sea de los perseguibles de oficio o si siendo así, no sea considerado como grave y que su sanción máxima no exceda de seis años, que el perdón lo otorgue la víctima el ofendido o su legítimo representante y como ya se dijo, que no haya causado ejecutoria la sentencia dictada. Es decir, se toma en cuenta la peligrosidad del sujeto, pues se exige que el delito por el que se le juzgó a la persona no haya cometido un delito grave. Tenemos un caso donde la pena no tiene límites en el mínimo de aplicar, en los casos mencionados anteriormente.

En este aspecto, de acuerdo a lo investigado sobre la necesidad de la pena, tenemos a un Código Penal funcionalista, que prevé la posibilidad de que aún y cuando se haya resuelto que una persona cometió un hecho típico, antijurídico y culpable no es necesario aplicar la pena.

En el artículo 121 del Código Penal de Nuevo León, aparece el perdón judicial, como forma de extinguir la pena, lo cual se desprende al dar lectura a dicho artículo:

“**ART. 121.-** También extingue la sanción, el perdón que en sentencia otorgue el Juez al condenado, en aquellos casos en que la

comisión del delito tenga una relevante, objetiva, fundada y humanamente aceptable explicación de no poderse exigir otra conducta, y la personalidad del activo no revele peligrosidad a juicio de peritos.”

Este artículo lo consideramos funcionalista, dado que permite la extinción de una sanción, cuando el sujeto no revele peligrosidad al juicio de peritos y no le haya sido exigible otra conducta.

Consideramos cuestionable que para que proceda el perdón judicial se incluya como elemento la no exigibilidad de otra conducta, pues en ese caso estaríamos ante una causa de inculpabilidad prevista en el artículo 30 de dicho ordenamiento, que de presentarse llevaría no a la extinción de la sanción, sino absolución del procesado.

Aún así, la tendencia que tiene dicho artículo es funcionalista, al extinguir la pena en casos en los que la persona enjuiciada no represente peligro para la sociedad, siguiendo el principio del funcionalismo de aplicar las penas únicamente cuando sea necesario.

Asimismo, se desprende que si cumple con las condiciones que se le impusieron al otorgarse la suspensión del procedimiento dentro del plazo que el Juez haya señalado para ello, entonces se extinguirá la pena, de lo contrario se revocará la medida referida y se continuará el procedimiento.

Ahora pasaremos a estudiar el procedimiento abreviado, para lo cual transcribimos el artículo 601 y 608 del Código Procesal Penal de Nuevo León;

**“Artículo 601.** Se seguirá procedimiento abreviado ante el Juez de lo Penal, de preparación de lo Penal o Mixto, según sea el caso, cuando así lo solicite el inculpado y se cumplan los siguientes requisitos:”

**“I.** Que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción al proceso y que las partes se hayan conformado con el mismo;”

**“II.** Que exista ante la autoridad judicial y en presencia de su defensor, aceptación y reconocimiento del inculpado de su participación en la comisión del hecho que se le imputa descrito en la ley como delito, y que a juicio del Juez no sea inverosímil;”

**“III.** Que el inculpado manifieste, con anuencia de su defensor, que no tiene pruebas que ofrecer, salvo las conducentes para la

individualización de la pena; o bien, en su caso, se desista, también con anuencia de su defensor, de las pruebas ya ofertadas, y que además manifieste su anuencia a ser juzgado con los elementos de prueba que existan en la causa;”

“**IV.** Que cubra la reparación del daño o exista un convenio para dicha reparación, a satisfacción de la víctima;”

“**V.** Que no exista oposición por parte del Ministerio Público; y”

“**VI.** Que se solicite dentro de los quince días siguientes a la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso.”

“Sin embargo, necesariamente se revocará la apertura del procedimiento abreviado para seguir la tramitación del procedimiento que corresponda, cuando así lo solicite el inculcado dentro de los tres días siguientes de notificado el auto relativo”

“**Artículos 608.** En caso de dictar sentencia condenatoria dentro del procedimiento abreviado, el Juez, tratándose de delitos no graves, reducirá un tercio de la pena que le corresponderá al inculcado.”

“Si el delito fuere grave, la reducción será de un cuarto de la pena que correspondería al inculcado.”

Así pues, al procedimiento abreviado, lo consideramos una figura funcionalista, pues mediante la confesión, el procesado obtiene el beneficio de que se le reduzca la pena en un tercio en los casos de delitos no graves y un cuarto de la pena cuando el delito sea grave. El estado también se beneficia al no tener que dedicar tanto tiempo y recursos a dicho procedimiento, los cuales podrá invertir en procedimientos que por sus características así lo requieran.

Las figuras funcionalistas, que mencionamos anteriormente pueden ser aplicadas en el juicio oral previsto en el Título Décimo Cuarto, Capítulo Primero del Código de Procedimientos Penales en estudio, por lo que en consecuencia, dicho procedimiento lo consideramos parte de las reformas funcionalistas que se aplicaron a nuestro estado.

También, consideramos que de lo expuesto en la exposición de motivos se desprende la tendencia funcionalista de dicha reforma, pues se señala:

“El juicio oral pretende eliminar los obstáculos fundamentales de la expeditéz de los juicios, como son por ejemplo; la desconcentración de los actos del juicio, los excesivos e innecesarios formulismos, el

predominio de la escritura frente a la oralidad y las formas arcaicas de registro de actuaciones.”

“La propuesta busca concentrar todos los actos del juicio en una sola audiencia, donde la oralidad sea el medio preponderante de comunicación dentro del proceso, evitando los ritos necesarios y superfluos, sustituyendo el sistema de integración de expediente, por el sistema de audiencias públicas, las cuales deberán registrarse por medios de reproducción de audio o video. Adicionalmente se proponen una serie de salidas alternativas al procedimiento penal, de tal manera que se dediquen más recursos y calidad a los asuntos que realmente lo ameriten y para los cuales no exista otra respuesta distinta más eficaz y satisfactoria que el juicio penal.”

Así pues se desprende que mediante los juicios orales se busca la expeditéz de la impartición de justicia, pues se pretende concentrar los actos del juicio en una sola audiencia, donde la oralidad sea el medio preponderante, para así sustituir una integración del expediente, permitiéndose registrar lo asentado en las audiencias en grabaciones de video o audio, lo cual también ahorra tiempo en comparación con el hecho de que se transcriba lo asentado en una acta, lo cual actualmente genera que las audiencias se prolonguen por mucho tiempo, además de que no siempre queda asentado todo lo que se dice en la audiencia.

De igual forma se mencionan las salidas alternativas al procedimiento penal previstas en el artículo 559 del Código Procesal en comentario<sup>227</sup>, que permiten que en la audiencia de preparación del juicio oral, puedan las partes llegar libremente a un arreglo, siempre que el delito por el que se prepara el juicio no sea grave ni trascendente para el bien social, lo cual permite destinar poca cantidad de recursos en asuntos que se pueden arreglar mediante estas salidas y dejar libres mayores recursos para asuntos que por sus características así lo ameriten.

Tendencia similar guardan los acuerdos probatorios previstos en dicho artículo, en los que se permite a las partes acordar libremente tener por acreditado un hecho, lo cual trae como consecuencia hacer las audiencias mas breves y se destina mayor tiempo y recursos en hechos que son verdaderamente parte de la controversia.

---

<sup>227</sup> “**Artículo 559.-** El juez preguntará si existe acuerdo, lograda la conciliación o mediación u otorgado el perdón del ofendido, el Juez de Preparación de lo Penal dictará la resolución correspondiente.”

“Durante la audiencia el Ministerio Público, el ofendido o querellante si lo hubiere, el inculpado o su defensor en conjunto podrán solicitar al Juez de preparación de lo penal que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el Juicio Oral Penal. El Juez se pronunciará sobre las pruebas solicitadas.”

### **Conclusiones.**

De lo expuesto en este trabajo, consideramos que quedó acreditado que en el estado de Nuevo León, se aplican los tres sistemas penales estudiados; la causalista, la finalista y la funcionalista.

En efecto, el artículo 26 del Código Penal del estado, es causalista por ubicar a la culpa, dolo y preterintención hasta la culpabilidad, como en la teoría causalista. Se aplica el causalismo en la primera parte del artículo 150 Bis del Código de Procedimientos Penales de la entidad, en virtud de que señala que por cuerpo del delito se debe entender los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva, como vimos al estudiar el causalismo, los elementos objetivos se ubican en el tipo. Sin embargo, en la última parte del primer párrafo del mismo artículo, se aplica el sistema finalista, dado que se menciona que el cuerpo del delito también se integrará por los elementos subjetivos cuando así lo requiera la figura delictiva. Es decir, se pasan elementos subjetivos al tipo, como sucede en el sistema finalista.

Consideramos que el artículo 150 Bis del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, no sigue la voluntad del legislador federal al incluir el cuerpo del delito como requisito para girar una orden de aprehensión, comparecencia o auto de formal prisión, pues como se notó cuando estudiamos la exposición de motivos a la reforma constitucional de 1999, la intención del legislador era que por elementos del delito debiera entenderse los elementos objetivos o materiales de la figura delictiva, mientras que en el citado artículo 150 bis, en ciertos delitos, se agregan al cuerpo del delito los elementos subjetivos.

En el capítulo referente a la aplicación de las tres teorías en el sistema penal de Nuevo León, se evidenció que en el Código Penal se prevén varios delitos como la tentativa, que tienen incluidos elementos subjetivos en el tipo, inclusive se citaron diversos artículos en los que el dolo y la culpa forman parte expresamente del tipo, para considerar que se cometen dichos delitos, es necesario estudiar la culpa o el dolo en la sede del tipo, sino no se puede lograr. Es en dichos delitos, donde también se aplica el sistema finalista de la acción.

El sistema causalista tendía su concepto de conducta bien definido y por ello es que la culpa y dolo no cambiaban de la culpabilidad al tipo dependiendo del delito, lo mismo sucedía en el finalismo, donde todos los elementos subjetivos se ubicaban en el tipo y a la culpabilidad se le otorgaba la reprochabilidad y el grado de

la culpabilidad, esto porque en ambos sistemas se tenía definido su concepto de conducta.

En nuestro sistema penal, como se ha evidenciado, se cambian los elementos subjetivos de la figura delictiva dependiendo del delito, esto para nosotros, quiere decir que nuestros legisladores no tienen bien definido el concepto de conducta.

A nuestra manera de ver, el hecho de que en algunos delitos se estudien los elementos subjetivos en el cuerpo del delito, implica también el fracaso del sistema causalista, dado que en virtud de que delitos como la tentativa no se pueden integrar con los puros elementos objetivos, es necesaria la voluntad de querer cometer un delito y que este no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto y por ello es que para que se integre el tipo se necesitan estudiar el dolo en el tipo, como ocurre en el sistema finalista. Es decir, el regreso del sistema finalista al causalista que pretendían los legisladores federales no se ha presentado en su totalidad y esto porque ciertos delitos, requieren para su integración la fórmula del sistema finalista.

No se trata de aplicar el sistema finalista sólo porque a otros países les da resultado, sino porque como se demostró en este trabajo, mostró mas avances que el causalismo.

La crítica que mas generó problemas al causalismo fue la consistente en que el causalismo fracasaba en los delitos que contenían el dolo y la culpa en el tipo, pues era en esos donde se debía estudiar dichos elementos desde el tipo, inclusive vimos que en la cita que Welzel hace de Mezger, este último señala que en la tentativa se debe estudiar la voluntad, elementos subjetivo en el tipo. Así pues, consideramos que los causalistas no fueron capaces de superar dicha crítica.

De las críticas estudiadas al finalismo, consideramos que la que mayor problemas causó fue la culpa, sin embargo, de la explicación dada en el capítulo que se estudió dicho sistema se desprende que se dio contestación a las mismas y que aún y cuando en la culpa no había la voluntad de cometer el delito, la finalidad del sujeto activo es la de no cumplir con el deber de cuidado.

Vimos que la sistematización de los elementos del delito fue una aportación del finalismo a la teoría del delito que se ha mantenido en la teoría moderna del funcionalismo.

En el capítulo del finalismo, pusimos nuestras conclusiones sobre dicho sistema y sus críticas, por lo tanto, consideramos no volver a señalarlas aquí en obvio de innecesarias repeticiones.

Podría pensarse que nuestro código debiera buscar ser cien por ciento funcionalista, sin embargo, consideramos que por el momento debe ser así, dado que el problema que vimos en dicho sistema, al menos en lo referente a la teoría del delito, es que no se ha determinado la teoría de la imputación objetiva y dicho sistema se apoya en gran medida en esa teoría. Lo cual se demostró incluso en las conclusiones al sistema funcionalista.

Sin embargo, en lo referente a la finalidad de la pena creemos que dicha teoría se está aplicando en el sistema penal de Nuevo León y estamos de acuerdo con su aplicación.

Consideramos que la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, el procedimiento abreviado, son medidas funcionalistas, dado que en el primero se busca prevenir el delito básicamente mediante el buen comportamiento del procesado, buscando el bien de la comunidad, pues si el sujeto es peligroso no procede ninguno de las dos medidas.

Mientras que en la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, se le deja en libertad al sujeto y en caso de no cometer delito alguno durante el término que el Juez y cumplir con las medidas impuestas, entonces se extingue la pena, esto es parte del sistema funcionalista, donde se busca no aplicar penas y en su lugar buscar formas en las que como consecuencia de un delito, se pueda rehabilitar y reintegrar a la sociedad a la persona y así la sociedad siga funcionando y no se defrauden sus expectativas.

Creemos en la prevención general y especial positiva e integradora, como se hace en el sistema funcionalista.

De lo estudiado, se desprende que en el funcionalismo, los elementos del delito tienen la misma sistematización que en el finalismo y por ello es que consideramos que hay mayores problemas en la aplicación al mismo tiempo del causalismo y el finalismo a los que habría entre este último sistema y el funcionalista.

Así pues después de todo el estudio, quedó demostrado que en el estado de Nuevo León, se aplican las tres teorías en el mismo sistema penal.



### **Bibliografía**

1. Díaz Aranda Enrique, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la Reforma Penal en México*, Quinta Edición, Porrúa, México, 2004.
2. Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito*, Décimo Tercera Edición, Porrúa, México, 2003.
3. Montealegre Lynett Eduardo y otros, *El Funcionalismo en Derecho Penal*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
4. Urbano Martínez Joaquín, Ruiz Carmen Eloísa, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2002.
5. Roxin Claus, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Primera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
6. Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Segunda Edición, Temis, Colombia, 1999.
7. *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León*, Editorial Porrúa, 2004.
8. Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992.
9. Welzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Traducido por José Cerezo Mir, Reimpresión de la Primera Edición, Montevideo, 2002
10. Rudolphi, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, traducido por Claudia López Díaz, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
11. Maurach Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Traducido por Bofill Genzsch, Jorge y Aimone Gibson, Enrique, séptima edición, Astrea, Buenos Aires, 1994

12. Mezger, Edmund, *Derecho Penal Parte General*, Cárdenas, Argentina, 1985
13. Laurenzo Copello, Patricia. *Dolo y Conocimiento*, Primera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
14. Neppi, Vittorio. *Causalidad Jurídica y Representación*, EJEa, Buenos Aires, 1962
15. Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1992
16. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomos I-VII, Cuarta Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964
17. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Decimatercera Edición, Porrúa, México, 1997
18. González Quintanilla, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*, Tercera Edición, Porrúa, México, 1996
19. Antolisei, Francesco. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Octava Edición, Temis, Colombia, 1988
20. Berchelman Arizpe, Antonio. *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Primera Edición, Porrúa, México, 2004
21. Reyes Salas, Gonzalo Francisco. *La racionalidad legislativa y los principios de una reforma procesal penal*, Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, Volumen 2º, Número 5, otoño de 2004
22. Jakobs, Günther. *Culpabilidad en Derecho Penal. Dos cuestiones fundamentales*, Traducido por Cancio Meliá Manuel y Sancinetti Marcelo A., Primera Edición, Colección de estudios número 27, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003
23. Lesch, Heiko H. *La función de la pena*, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Primera Edición, Colección de estudios número 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000

24. Hassemer, Winfred. *Crítica al derecho penal de hoy*, Primero Edición, Colección de estudios número 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
25. Roxin, Claus, Jakobs Günther, Gimbernat Ordeig y otros. *Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*, Primera Edición, Ius Poenale, México, 2003
26. Sacher de Köster, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
27. Zertuche García, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, Tesis en opción a grado de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
28. Urosa Ramírez, Gerardo Armando. *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
29. *Código Penal y de Procedimientos Penales de Coahuila*, Edición actualizada, Anaya Editores, 5 de enero de 2005.
30. López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.